DIE HISTORISCHE ENTWICKLUNG DES STREITGEGENSTANDES -AUF DER GRUNDLAGE DES RÖMISCHEN UND SEIT DER GELTUNG DES GEMEINEN RECHTS-

Christine Löwisch

1966

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547217_0044

DIE HISTORISCHE ENTWICKLUNG DES STREITGEGENSTANDES -AUF DER GRUNDLAGE DES RÖMISCHEN UND SEIT DER GELTUNG DES GEMEINEN RECHTS-

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von

Christine Löwisch

aus Meiningen

1 9 6 7

Dissertations-Druckerei Charlotte Schön, München 23, Belgradstr. 11, Tel. 361402

1. Berichterstatter: Professor Dr. Dr. Lukes
2. Berichterstatter: Professor Dr. Kiefner
Dekan: Professor Dr. Mülhaupt

Tag der mündlichen Prüfung: 16. Dezember 1966

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

INHALTSÜBERSICHT

EINLEITUNG 1

1) Das Ziel der Betrachtungen über die historische Entwicklung des Streitgegenstandes 1
2) Die Methode der historischen Betrachtungsweise 1
3) Der historisch-zeitliche Rahmen der Arbeit 5

1. KAPITEL: Das römische Zivilprozeßrecht 6

I. Der Aufbau des römischen Prozesses 6
1) Der Prozeßverlauf in der Prozeßform des ordo iudiciorum privatorum 6
2) Der Prozeßverlauf in der Prozeßform der extraordinaria cognitio 8

II. Die "Bewährungspunkte" des modernen Streitgegenstandes im römischen Recht 9
A. Die klassische Regelung während der Geltung des ordo iudiciorum privatorum 9
1) Klageänderung und ähnliche Institute 9
a) Einführung in das römische Klageänderungsrecht 9
b) aliud pro alio 10
c) plus petitio 12
d) minus petitio 13
2) Klagenhäufung und Klagenkonkurrenz 14
3) Klagenkonsumtion 15
a) Einführung in das Konsumtionsrecht 15
b) Konsumtion im engeren Sinn 17
c) Konsumtion im weiteren Sinn; der Grundsatz "bis de eadem re ne sit actio" und seine prozessuale Geltendmachung in der Form der "exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae" 20
B. Die Veränderungen im Geltungsbereich der extraordinaria cognitio 27
1) Untergang der Klagenkonsumtion im engeren Sinn 27
2) Entwicklung und Umgestaltung der Klagenkonsumtion im weiteren Sinn; Vordringen des Rechtskraftgedankens innerhalb der exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae 28

III. Die Bedeutung des römischen Aktionensystems 29

2. KAPITEL: Die Weiterentwicklung des römischen Prozeßrechts im germanischen Rechtsbereich 31

I. Die Grundzüge des germanischen Prozeßrechts 31
1) Der Aufbau des germanischen Gerichtsverfahrens 31
2) Die Gliederung der germanischen Klagenbeschuldigungen 32
a) klage umme scult 33
b) klage uppe gut 33
c) (peinliche) klage umme ungericht 33
d) gemeinsame Bedeutung der verschiedenen "klagen" 33
3) Einzelne mit den "Bewährungspunkten" des modernen Streitgegenstandes vergleichbare Regelungen im germanischen Recht 34
a) Begründung der Prozeßpflicht durch die Klagengewere 34
b) Bindung des Klägers an die "gewerte" Klage und Verbot der Änderung einer einmal erhobenen Klagenbeschuldigung 34
c) Schutz des Beklagten gegen wiederholte Schuldigung durch die bindende Wirkung des Endurteils 35

II. Die Verbindung germanischer und römischer Prozeßelemente zu einem germanisch-romanischen Mischprozeß 35

III. Die Entstehung des italienisch-kanonischen Prozesses unter dem Einfluß der geistlichen Gerichtsbarkeit 36

IV. Die Grundzüge des kanonistischen Prozeßrechts 36
1) Der Aufbau des kanonistischen Verfahrens bis zur Erhebung der actio 36
2) Die Bedeutung der actio nach kanonistischer Auffassung 37
3) Der weitere Verfahrensverlauf nach Erhebung der actio 38

V. Die Rezeption des römischen und italienisch-kanonischen Rechts in Deutschland 38
1) Die allgemeine Rechtsentwicklung im Zeitalter der Rezeption 38
2) Die Übernahme der römisch-kanonistischen actiones in das deutsche Prozeßrecht 39
3) Die Gegenströmungen des sächsischen Prozeßrechts in ihre Auswirkungen auf den Jüngsten Reichsabschied im Jahre 1654 40

3. KAPITEL: Das gemeine deutsche Zivilprozeßrecht 42

I. Der Aufbau des gemeinen Prozesses 42

II. Die Bedeutung und Gliederung der actiones im gemeinen Recht 43

III. Die "Bewährungspunkte" des modernen Streitgegenstandes im gemeinen Recht 45

1) Klageänderung 45
a) Einführung in das gemeinrechtliche Klageänderungssystem 46
b) emendationes, declarationes und mutationes 46
c) wechselseitige Beziehungen zwischen der Gestaltung der mutationes und den Eigenarten der actiones 48
d) Anwendung des Mutationsprinzips im Einzelfall 49
e) die mutatio als Übergang zu einer neuen actio 51
f) Zulässigkeit von mutationes im Verlauf des Prozesses 52
2) Klagenhäufung 56
a) Einführung in die gemeinrechtliche Regelung der Klagenhäufung 56
b) Klagenkonkurrenz und objektive Klagenhäufung 57
c) kumulative Konkurrenz und kumulative Klagenhäufung 57
d) elective Konkurrenz ohne die Möglichkeit einer Kumulation 58
e) successive Konkurrenz und successive Kumulation 59
f) Klagenkonkurrenz im engeren Sinn mit der Möglichkeit alternativer oder eventueller Kumulation 59
3) Rechtshängigkeit 61
a) Zeitpunkt der Litispendenz 61
b) Wirkungsbereich der exceptio litis pendentis 62
c) Bedeutung der exceptio litis pendentis im Gegensatz zu der römischen exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae 64
4) Rechtskraft 65
a) Einführung in die gemeinrechtliche Regelung der materiellen Rechtskraft 65
b) Beschränkung der römischen exceptio rei iudicatae in ihrer negativen gemeinrechtlichen Funktion auf die nämlichen actiones 65
c) Anwendung der exceptio rei iudicatae im Falle derselben Rechts- und Streitfrage 66
d) Abgrenzung der exceptio rei iudicatae nach dem Merkmal der "eadem res", "desselben Klagerechts" 67
e) Zusammenfassung der gemeinrechtlichen Ansichten über die Bedeutung der exceptio rei iudicatae 72

IV. Die Entwicklung des Aktionensystems im gemeinen Recht aus der Sicht des römischen Rechts 74

4. KAPITEL: Die Weiterentwicklung des Prozeßrechts im Bereich der Streitgegenstandslehre 78

I. Die Umdeutung der gemeinrechtlichen actiones in materielle Ansprüche unter dem Einfluß von Windscheids "actio" 78

II. Die gesetzliche Ablösung des Aktionensystems durch das Anspruchsrecht der Zivilprozeßordnung 81

III. Der Rechtsschutzanspruch im Sinne von Wach und Hellwig und sein Verhältnis zu dem "Anspruch" der Zivilprozeßordnung 83

SCHLUSS: Die modernen Streitgegenstands-Richtungen in historischer Sicht 88

1) Verbindung materieller und prozessualer Elemente in den verschiedenen modernen Streitgegenstands-Theorien 88

2) eingliedrige oder zweigliedrige Struktur des modernen Streitgegenstands-Begriffes 90

3) Zusammenfassung 96

LITERATURVERZEICHNIS

Arndts	Lehrbuch der Pandekten 5. Aufl., München 1865
v. Bayer	Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß 8. Aufl. München 1856
Bekker	Die processualische Consumption im classischen römischen Recht Berlin 1853
v. Bethmann-Hollweg	Der germanisch-romanische Zivilprozeß im Mittelalter 2. Band, Bonn 1873
Blomeyer	Arrest und einstweilige Verfügung in: Zeitschrift für Zivilprozeß Band 65, S. 52 ff
de Boor	Gerichtsschutz und Rechtssystem Ein Beitrag zum Kampfe gegen das aktionenrechtliche Denken Leipzig 1941
Brackenhoeft	Die Identität und materielle Connexität der Rechtsverhältnisse oder: Der Umfang der Wirkung der Res judicata, die Concurrenz der Klagen und das Präjudicium Göttingen 1839
Brox	Die objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß in: Juristische Schulung 1962, S. 121 ff
Brunner	Geschichte und Quellen des Deutschen Rechts in: Encyclopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff, I. Teil, S. 191 ff 4. Aufl., München-Leipzig-Berlin 1882
Bruns	Das heutige römische Recht in: Encyclopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff, I. Teil, S. 385 ff 4. Aufl.
Claproth	Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß zum Gebrauche der practischen Vorlesungen 2 Theile 3. Aufl., Göttingen 1795

Crome	System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band I Tübingen und Leipzig 1900
v. Czyhlarz	Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechtes 11. und 12. Aufl. Wien und Leipzig 1911
Dernburg	Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, 1. Band 2. Aufl., Halle 1879 (zitiert: Dernburg Lehrbuch)
Dernburg	Pandekten, 1. Band 5. Aufl., Berlin 1896
Eisele	Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz in: Archiv für die civilistische Praxis Band 79, S. 327 ff
Endemann	Civilprozeßverfahren nach der kanonistischen Lehre in: Zeitschrift für Zivilprozeß Band 15, S. 177 ff (zitiert: Endemann kanonistische Lehre)
Endemann	Das Deutsche Civilprozeßrecht Heidelberg 1868 (zitiert: Endemann Zivilprozeß)
Endemann	Das Prinzip der Rechtskraft Heidelberg 1860
Enneccerus-Kipp-Wolff	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I. Band, Einleitung, Allgemeiner Teil bearbeitet von Enneccerus 9. Bearb., Marburg 1923
Fischer	Der Streitgegenstand in: Zeitschrift für Zivilprozeß Band 57, S. 340 ff
Förster	Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts, I. Band 3. Aufl., Berlin 1873
Francke	Der gemeine deutsche und Schleswig-Holsteinische Civilprozeß Hamburg 1839

Gönner	Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände, 1. Band 2. Aufl., Erlangen 1804
Goldschmidt	Zivilprozeßrecht 2. Aufl., Berlin 1932
Grolman	Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach den gemeinen deutschen Gesetzen 2. Aufl., Gießen und Darmstadt 1803
Habscheid	Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit Bielefeld 1956
Heffter	System des römischen und deutschen Civil-Proceßrechts 2. Aufl., Bonn 1843
Hellmann	Klagerecht, Feststellungsklage und Anspruch in: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Band 31, S. 79 ff
Hellwig	Anspruch und Klagerecht Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozeßrecht Jena 1900
Henckel	Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß Heidelberg 1961
Jhering	Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung 2. Teil, 2. Aufl., Leipzig 1869 3. Teil, 5. Aufl., Leipzig 1906
Keller	Der römische Civilprozeß und die Actionen 5. Ausg., Leipzig 1876
Kisch	Beiträge zur Urteilslehre Leipzig 1903
Krüger	Processualische Consumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses Leipzig 1864

Langheineken	Der Urteilsanspruch Ein Beitrag zur Lehre vom Klagerecht mit Berücksichtigung des neuen Reichsrechtes Leipzig 1899
Lent	Zur Abgrenzung der Anspruchsmehrheit von der Mehrheit der Klagegründe in: Zeitschrift für Zivilprozeß Band 57, S. 1 ff
Lent	Die Verteilung der Verantwortlichkeit unter Gericht und Parteien im Zivilprozeß in: Zeitschrift für Zivilprozeß Band 63, S. 1 ff
Lent	Zur Lehre vom Streitgegenstand in: Zeitschrift für Zivilprozeß Band 65, S. 315 ff
v. Linde	Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses 7. Aufl., Bonn 1850
Martin	Lehrbuch des Teutschen gemeinen bürgerlichen Processes 12. Aufl., Heidelberg 1838
Mittermaier	Beiträge zur Lehre von den Gegenständen des bürgerlichen Processes in: Archiv für die civilistische Praxis Band 4, S. 305 ff
Muther	Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiskontestation und der Singularsukzession in Obligationen Eine Kritik des Windscheid'schen Buchs: "Die Actio des Römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts" Erlangen 1857
Nikisch	Der Streitgegenstand im Zivilprozeß Tübingen 1935 (zitiert: Nikisch Streitgegenstand)
Nikisch	Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß in: Archiv für die civilistische Praxis Band 154, S. 271 ff

Nikisch	Dr. Walther J. Habscheid: Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit in: Archiv für die civilistische Praxis Band 156, S. 71 ff
Osterloh	Lehrbuch des gemeinen deutschen ordentlichen Civilprocesses 2 Bände, Leipzig 1856
Otto-Schilling-Sintenis	Das Corpus Iuris Civilis ins Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter Leipzig 1830 bis 1833
Planck	Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts 1. Band, München 1887 2. Band, München 1891 und 1896 (zitiert: Planck Lehrbuch)
Planck	Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter nach dem Sachsenspiegel und den verwandten Rechtsquellen 1. Band, Braunschweig 1879 (zitiert: Planck Gerichtsverfahren)
Puchta	Pandekten 3. Aufl., Leipzig 1845
Regelsberger	Pandekten 1. Band, Leipzig 1893
Reinhardt	Handbuch des gemeinen teutschen ordentlichen Processes 1. Theil, Stuttgart 1823 2. Theil, Stuttgart 1824
Renaud	Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilproceßrechts mit Rücksicht auf die neuern Civilproceßgesetzgebungen Der ordentliche Proceß Leipzig und Heidelberg 1867
Robinow	Zur Lehre vom Streitgegenstand Dissertation Hamburg 1934

Rosenberg	Zur Lehre vom Streitgegenstand in: Festgabe für Richard Schmidt Leipzig 1932 (zitiert: Rosenberg Festgabe)
Rosenberg	Die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts im Zivilprozesse in: Zeitschrift für Zivilprozeß Band 49, S. 38 ff
Rosenberg	Erwiderung auf Lent: Zur Abgrenzung der Anspruchsmehrheit von der Mehrheit der Klagegründe in: Zeitschrift für Zivilprozeß Band 57, S. 76 ff
Rosenberg	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts 1. Aufl., Berlin 1927 3. Aufl., Berlin 1931 4. Aufl., München und Berlin 1949 5. Aufl., München und Berlin 1951 6. Aufl., München und Berlin 1954 8. Aufl., München und Berlin 1960 (8. Aufl. zitiert: Rosenberg Lehrbuch)
Rümelin	Klageänderung und Rechtskraft in: Archiv für die civilistische Praxis Band 88, S. 87 ff
Sauer	Grundlagen des Prozeßrechts 2. Aufl., Stuttgart 1929
v. Savigny	System des heutigen römischen Rechts, VI. Band Berlin 1847
Schmid	Handbuch des gemeinen deutschen Civilprocesses II. Theil, Kiel 1844
Schmidt	Die Klagänderung Leipzig 1888
Schmidt	Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts Leipzig 1898 (zitiert: Schmidt Lehrbuch)
Schwab	Der Streitgegenstand im Zivilprozeß München und Berlin 1954

Seidl	Römische Rechtsgeschichte und römisches Zivilprozeßrecht Köln-Berlin-Bonn-München 1962
Sohm	Das Studium des römischen Rechts in: Deutsche Juristen-Zeitung 1908, S. 33 ff
Staub	Der Begriff des Klagegrundes in: Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts Band 32, S. 554 ff
v. Stintzing-Landsberg	Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft 1. Abth., München und Leipzig 1880 2. Abth., München und Leipzig 1884 3. Abth., München und Leipzig 1910
Wach	Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts, 1. Band Leipzig 1885 (zitiert: Wach Handbuch)
Wach	Der Feststellungsanspruch ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch Leipzig 1889
Wach	Vorträge über die Reichscivilprozeßordnung 2. Aufl., Bonn 1896 (zitiert: Wach Vorträge)
Wach	Zur Lehre vom Klagegrund in: Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts Band 33, S. 1 ff
Wächter	Handbuch des in Württemberg geltenden Privatrechts, II. Band Stuttgart 1842
Weismann	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, I. Band Stuttgart 1903
Wenger	Institutionen des römischen Civilprozeßrechts München 1925
Wetzell	System des ordentlichen Civilprocesses 3. Aufl., Leipzig 1878

Windscheid — Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts
Düsseldorf 1856
(zitiert: Windscheid actio)

Windscheid — Lehrbuch des Pandektenrechts
4. Aufl., Düsseldorf 1875
(zitiert: Windscheid Pandekten)

Wlassak — Römische Proceßgesetze
Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens
1. Abth., Leipzig 1888
(zitiert: Wlassak Proceßgesetze)

Wlassak — Die Litiskontestation im Formularprozeß
Leipzig 1889
(zitiert: Wlassak Litiskontestation)

EINLEITUNG

1) Das Ziel der Betrachtungen über die historische Entwicklung des Streitgegenstandes

Innerhalb der modernen Zivilprozeßrechtslehre zeichnet sich der Streitgegenstandsbereich durch eine besondere Vielfalt voneinander abweichender Theorien aus, zwischen denen zum Teil nur geringfügige Übereinstimmungen, hingegen weitgehende und wesentliche Unterschiede festzustellen sind. Diese verschiedenartigen Streitgegenstands-Auffassungen beeinflussen in mehrfacher Hinsicht die Gestaltung einer Reihe von prozessualen Zentralproblemen, und es kommt ihnen daher eine erhebliche Bedeutung im Rahmen des modernen Zivilprozeßrechts zu. Um nun auf dem Gebiet dieses Theorienstreites eine objektiv begründete Stellungnahme zu den einzelnen Streitgegenstands-Ansichten zu ermöglichen oder doch jedenfalls zu erleichtern, soll hier der Versuch unternommen werden, die verschiedenen Auffassungen über den Streitgegenstand auf ihre gemeinsamen historischen Grundlagen zurückzuführen, und von dem Ausgangspunkt jener geschichtlichen Grundlagen aus die einzelnen Entwicklungsstufen des "Streitgegenstandes" bis zu dem heutigen verwickelten Rechtszustand zu verfolgen. Eine derartige historische Darstellung der Entstehung des Streitgegenstandes dürfte zunächst Klarheit darüber erbringen, auf welchen Umständen die Unsicherheit und Uneinigkeit über das so wesentliche prozeßrechtliche Institut des Streitgegenstandes beruht; und darüberhinaus wird man ihr zumindest Anhaltspunkte entnehmen können, nach denen der Streitgegenstand - auf der Basis seiner geschichtlichen Entwicklung - weitergebildet werden müßte, um den Besonderheiten und speziellen Erfordernissen des modernen Zivilprozeßrechts gerecht zu werden und dabei zugleich in Einklang zu bleiben mit den Normen des materiellen Rechts, in deren Verwirklichung das eigentliche Ziel eines jeden Prozesses zu sehen ist.

2) Die Methode der historischen Betrachtungsweise

Seitdem sich in den vergangenen Jahrzehnten eine "Lehre" vom Streitgegenstand gebildet und immer schärfer ausgeprägt hat, suchen die Vertreter der verschiedenen Richtungen dieser Lehre ständig nach neuen befriedigenden Möglichkeiten, den "Streitgegenstand" zu definieren, seinen Inhalt, Umfang und sein Wesen zu umschreiben, zu bestimmen und festzulegen. Bei diesen Versuchen einer Bestimmung des Streitgegenstandes sind in den letzten Jahren Schwab und Habscheid in ihren Monographien zwei methodisch entgegengesetzte Wege

gegangen, die die Möglichkeiten aufzeigen, zu einer Definition und Eingrenzung des Streitgegenstandes zu gelangen. Während Schwab den Streitgegenstand als einen feststehenden Begriff, als eine Erscheinung jedes Prozeßrechts voraussetzt, "die der Gesetzgeber vorfindet, die er zu beschreiben versuchen soll, die er aber nicht im eigentlichen Sinn selbst schaffen kann" [1], und - von dieser Grundanschauung ausgehend - den bereits vorgegebenen Streitgegenstandsbegriff von seinen "Bewährungspunkten" Anspruchshäufung, Klageänderung, Rechtshängigkeit und materieller Rechtskraft her entwickelt [2], hält Habscheid es für angezeigt, den Streitgegenstand "aus dem jeweiligen Prozeßsystem" zu entwickeln "unter Berücksichtigung der einzelnen ihn betreffenden Bestimmungen und der tragenden Grundgedanken des Verfahrensrechts" [3]; erst der auf diese Weise gefundene Begriff des "Streitgegenstandes" kann dann - nach Habscheid - an seinen Prüfsteinen, nämlich Anspruchshäufung, Klageänderung, Rechtshängigkeit und materieller Rechtskraft, gemessen werden, um sich bei ihrer Gestaltung im Prozeß zu bewähren [4].

Beide Ansichten enthalten einen richtigen Kern. So ist Schwab darin zuzustimmen, daß er seinen Streitgegenstandsbegriff von vornherein an den Erscheinungsformen, oder wie er sie nennt "Bewährungspunkten", des Streitgegenstandes mißt und ausrichtet; denn gerade Anspruchshäufung, Klageänderung, Rechtshängigkeit und materielle Rechtskraft sind diejenigen Prozeßinstitute, in denen sich der Streitgegenstand nicht nur bewähren muß, sondern in denen er in der Regel überhaupt prozeßrechtlich zum Ausdruck kommt und zugleich seine größte Bedeutung gewinnt. Die Ansicht Schwabs birgt allerdings die Gefahr in sich [5], einen abstrakten Streitgegenstandsbegriff vorauszusetzen, der sich zwar mit einzelnen wesentlichen Prozeßinstituten in Einklang bringen läßt, der sich aber nicht unbedingt in das System des gesamten Prozesses einfügt, da er nicht aus einer Gesamtbetrachtung des Prozesses gewonnen wurde. Diese Gefahr vermeidet Habscheid mit seiner Methode der Streitgegenstands-Bestimmung insofern, als er den Streitgegenstand aus den "tragenden Grundgedanken" des jeweiligen Prozeßsystems ableitet und erst, nachdem er dergestalt einen allgemeingültigen Streitgegenstandsbegriff gefunden hat, diesen an den "Bewährungspunkten" Klageänderung, Anspruchshäufung, Rechtshängigkeit und Rechtskraft auf seine Richtigkeit hin überprüfen will. So einleuchtend und überzeugend die Deduktion Habscheids klingen mag, entgeht sie doch ihrerseits nicht der Gefahr, zunächst ab-

---

1) Schwab S. 5.
2) Schwab S. 5.
3) Habscheid S. 108.
4) Habscheid S. 108.
5) und dieser Vorwurf wird ihm auch von Habscheid S. 107 und Nikisch in AcP 154 S. 272 gemacht.

strakt und losgelöst von den Prozeßgestaltungsformen einen rein wissenschaftlichen, theoretischen Begriff des Streitgegenstandes zu konstruieren, der erst anschließend im einzelnen mit seinen "Bewährungspunkten" abgestimmt werden kann. In anderer Form läßt sich nämlich die Trennung kaum vollziehen, die Habscheid durchführen will zwischen den "tragenden Grundgedanken des jeweiligen Prozeßsystems" und den "Bewährungspunkten" des Streitgegenstandes, also der Anspruchshäufung, dem Verbot der Klageänderung, der "Einrede" der Rechtshängigkeit und der materiellen Rechtskraft. Es darf nicht übersehen werden, daß diese sogenannten Bewährungspunkte des Streitgegenstandes wesentlichen Grundprinzipien des Prozeßrechtes entsprechen, in denen sich gerade die "tragenden prozeßrechtlichen Grundgedanken" insoweit realisieren, als sie den Streitgegenstand, seine Bedeutung und seine Auswirkungen betreffen. So wird das moderne Prozeßrecht - unter anderem - beherrscht von den Prinzipien der Prozeßökonomie, des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit. Diese Grundgedanken finden ihren Ausdruck und ihre prozessuale Gestalt in der Möglichkeit der Anspruchshäufung (Ökonomie), in dem Verbot einseitiger Klageänderung, in der Vermeidung mehrerer widerstreitender Entscheidungen durch Beachtung von Rechtshängigkeit und Rechtskraft (Rechtssicherheit) und zugleich in dem Gebot der endgültigen Beendigung einer einmal entschiedenen Streitigkeit zwischen den Parteien (Rechtsfriede). Anspruchshäufung, Verbot willkürlicher Klageänderung, Rechtshängigkeit und materielle Rechtskraft sind mithin Ausdrucksformen einzelner "tragender Grundgedanken" unseres Prozeßrechts (im Sinne Habscheids), und erst durch sie gewinnen jene "Grundgedanken" eine konkret praktische Gestalt. An ihnen muß daher auch die Definition des Streitgegenstandes orientiert werden, wenn sie nicht auf die Bedeutung eines inhaltsleeren, abstrakten Begriffes beschränkt sein soll.

Der Streitgegenstand kann sich nur dann sinnvoll in das Prozeßrecht einfügen, wenn er dazu verhilft, das Verfahren in seinen einzelnen gesetzlich vorgeschriebenen Gestaltungsformen gesetz- und zweckmäßig durchzuführen. Und um diesen notwendigen Anforderungen an den Streitgegenstand gerecht werden zu können, sollte man ihn von vornherein nicht abstrakt und nach allgemeinen tragenden Grundgedanken, sondern vielmehr in konkreter Anlehnung an diejenigen Institute ausbilden, in denen einerseits jene Grundprinzipien des Prozeßrechts Gestalt gewinnen, und in denen sich andererseits der Streitgegenstand im Verlauf des Prozesses zu bewähren hat. Anspruchshäufung, Klageänderung, Rechtshängigkeit und materielle Rechtskraft sind daher nicht lediglich als "Bewährungspunkte" für einen bereits im voraus theoretisch ermittelten Streitgegenstandsbegriff zu beurteilen; vielmehr muß aus ihrem Wesen, ihrer prozessualen Bedeutung und ihrer Gestaltung innerhalb des gesamten Prozeßsystems (darin ist Habscheid zuzustimmen) der Streitgegenstand in seinen charakteristischen Eigenarten selbst entwickelt werden. Den sogenannten "Bewährungspunkten" des Streitge-

genstandes kommt infolgedessen zugleich die Funktion zu, "Ausgangspunkte" für die Bestimmung des Streitgegenstandes zu sein; insoweit ist mithin der von Schwab angewandten induktiven Methode der Vorzug zu geben.

Dies muß in besonderem Maße für die historische Betrachtungsweise gelten, die darauf abzielt, die Entwicklung des Streitgegenstandes aus früheren Prozeßrechten bis in die heutige Zeit aufzuzeigen und nachzuvollziehen.

Eine Lehre vom Streitgegenstand, aus der sich entnehmen ließe, wie sein Inhalt und seine Bedeutung in früheren Prozeßordnungen bestimmt und umgrenzt wurde, kannte weder das alte römische noch das germanische, das kanonische oder auch das gemeine Prozeßrecht. Daß jedoch jeder Prozeß zu allen Zeiten einen "Streitgegenstand" gehabt hat - in welcher Form dieser auch immer zum Ausdruck gekommen sein mag - versteht sich vom Standpunkt unserer heutigen Rechtsauffassung ohne weitere Erläuterung. Will man nun diesen Streitgegenstand in seiner historischen Entwicklung verfolgen, und zwar nicht in der Form, daß man den modernen Streitgegenstandsbegriff in die früheren Rechtsordnungen hineinzulegen oder in ihnen wiederzufinden versucht, sondern dadurch daß man die Grundlagen aufsucht, aus denen sich der Streitgegenstand zu seiner heutigen Bedeutung und Stellung innerhalb des Prozeßsystems herangebildet hat, so kann man sich weder auf gesetzliche Definitionen noch auf Ausprägungen oder Umschreibungen seines Begriffes im Schrifttum stützen. Anhaltspunkte bietet vielmehr allein die Handhabung einzelner Prozeßregeln, in welchen sich - nach heutiger Ansicht - der Streitgegenstand auswirkt. Man ist daher im Rahmen der historischen Betrachtung darauf angewiesen, den Streitgegenstand aus der jeweiligen Prozeßgestaltung, insbesondere aus einzelnen typisch nach dem Streitgegenstand ausgerichteten Verfahrensinstituten abzuleiten.

Ein derartiges Vorgehen erscheint umsomehr deshalb berechtigt, weil sich die Zivilprozeßordnung in ihrer derzeitigen Form aus alter geschichtlicher Tradition herleitet und - auf dem Weg über den gemeinen Prozeß - römischrechtliche, germanische und kanonistische Elemente in sich vereinigt, so daß eine nicht geringe Anzahl ihrer Hauptprinzipien an frühere gleichartige Grundsätze anknüpft. So gehen beispielsweise die heutige Rechtshängigkeit und Rechtskraft auf römischrechtliche Wurzeln zurück, aus welchen sie sich im Verlauf der Geschichte in ihre moderne Gestalt fortentwickelt haben. Diese Tatsache rechtfertigt es, vom Boden des heute geltenden Prozeßrechts aus die historischen Prozeßinstitute wie Klagenhäufung, Klageänderung, Rechtshängigkeit und materielle Rechtskraft, soweit es sich um die Bestimmung des Streitgegenstandes dreht, nach modernen Gesichtspunkten zu beurteilen und an dem Beispiel ihrer Regelung aufzuzeigen, in welcher Form die früheren Verfahrensrechte die modernen Streitgegenstands-Probleme lösten. Auf diese Weise werden die Verfahrensinstitute, in denen sich nach unserer heutigen Rechtsauffassung der Streitgegenstand

sowohl offenbart als auch bewährt, zu "historischen Ausgangspunkten" für die Bestimmung seiner Grundlagen gemacht, und an ihrer geschichtlichen Wandlung läßt sich die historische Entwicklung des Streitgegenstandes im einzelnen nachvollziehen.

3) Der historisch-zeitliche Rahmen der Arbeit

Im Rahmen dieser Arbeit soll nun die historische Entwicklung des Streitgegenstandes seit der Geltung des gemeinen Prozeßrechts dargelegt werden. Zum Verständnis der Streitgegenstands-Probleme im gemeinen Recht ist es jedoch unerläßlich, zuvor die Grundzüge des klassischen römischen Rechts zu umreißen, da das römische Recht die eigentliche Grundlage darstellt, auf der die für den Streitgegenstand maßgeblichen Einzelregelungen des gemeinen Prozeßrechts letzten Endes beruhen [1]. Ohne einen Überblick über das römische Prozeßrecht und die Veränderungen, die es infolge vielfältiger germanisch-deutschrechtlicher Einflüsse bis zur Geltung es gemeinen Rechts erfahren hat, bliebe der Ausgangspunkt für die Entwicklung des Streitgegenstandes unverständlich. Dieser Überblick wird allerdings beschränkt werden auf eine - etwas eingehendere - Darstellung des klassischen römischen Rechts, an welche sich eine Skizzierung der darauf aufbauenden historischen Entwicklung nur in groben Zügen und nur insoweit anschließen wird, als sie zur Erklärung der Grundlagen des Streitgegenstandes im gemeinen Prozeß erforderlich erscheint.

---

1) vgl. Wetzell S.3: "Im allgemeinen kann man behaupten, daß - im gemeinen deutschen Recht - die auf privatrechtlichen Prinzipien beruhende Lehre von den Parteien und Parteihandlungen durch römische, die staatsrechtlichen Grundsätze von der Gerichtsbarkeit und der Organisation der Gerichte durch deutsche Rechtsansichten bestimmt seien".

1. KAPITEL

DAS RÖMISCHE ZIVILPROZESSRECHT

I. DER AUFBAU DES RÖMISCHEN PROZESSES

1) Der Prozeßverlauf in der Prozeßform des ordo iudiciorum privatorum

Die ursprüngliche, klassische römische Prozeßform, in welcher Streitigkeiten zwischen römischen Bürgern nach dem ius civile entschieden wurden, war die des "ordo iudiciorum privatorum", der durch eine Zweiteilung des Verfahrens in einen ersten Abschnitt "in iure" und einen sich daran anschließenden zweiten "in iudicio" (oder apud iudicem) gekennzeichnet war. Das Verfahren "in iure" fand vor einem Magistrat - meist dem Prätor - statt und diente dazu, den Streit formell nach den gesetzlich bestimmten Prozeßregeln festzulegen. In diesem ersten Verfahrensabschnitt hatte der Prätor einerseits die Prozeßvoraussetzungen zu prüfen, zum anderen bestand seine wesentlichste Aufgabe darin, festzustellen, ob der Kläger seinen angeblichen Anspruch überhaupt gerichtlich geltendmachen konnte, das heißt, ob sich sein Vorbringen in eine der im Gesetz ausdrücklich zugelassenen "actiones" fassen ließ. War das der Fall, dann legte der Prätor diese actio fest und verwies den Streit nunmehr an den iudex. Das Verfahren in iure fand seinen Abschluß darin, daß die Parteien - ursprünglich in feierlicher Form unter Anrufung von Zeugen "testes estote" [1] - einen "formalen Parteienvertrag" [2] schlossen, die sogenannte "litiscontestatio", durch welche der Inhalt des Rechtsstreits in der für den iudex maßgeblichen Gestalt zum Ausdruck gebracht wurde [3].

Dem iudex als privatem "Schiedsrichter" oblag in dem zweiten Verfahrensabschnitt "in iudicio" die Pflicht, einzelne Tatsachen zu untersuchen, Beweise zu erheben und anschließend den Prozeß in Anlehnung an die Voraussetzungen der von dem Magistrat zugesprochenen actio zu entscheiden [4].

---

1) v. Savigny VI § 256 S. 10 und 11.

2) Wenger S. 165; Seidl S. 161.

3) Keller S. 281; v. Czyhlarz S. 359; Wenger S. 165; v. Savigny VI § 256 S. 22; zur Entstehung des Begriffes litis contestatio: Wlassak Litiskontestation S. 69 ff.

4) zu den oben Genannten noch Goldschmidt S. 6.

Das Verfahren des ordo iudiciorum privatorum umfaßte zwei Entwicklungsstufen, nämlich das ältere "Legisaktionenverfahren" und den jüngeren "Formularprozeß".

Das Legisaktionenverfahren des alten römischen Rechts vollzog sich nach streng formalistischen Regeln als ein Verfahren, in welchem nur einzelne nach altem Herkommen oder Volksgesetz anerkannte und als klagbar gestaltete Rechte, die "legitimae actiones", mit Hilfe der jeweils für sie vorgesehenen Prozeßmittel, der "legis actiones", geltend gemacht werden konnten [1]. Der Kläger war gehalten, die legis actio genau in der vorgeschriebenen Form, mit dem in herkömmlicher Weise festgelegten feierlichen Wortlaut vor dem Magistrat - in iure - vorzubringen, damit dieser die gewählte actio zuließ und einen iudex zur Entscheidung des Streites bestimmte [2].

Neben das Legisaktionenverfahren trat im 2. Jahrhundert v. Chr. [3] auf Grund der Lex Aebutia und einer Lex Iulia iudiciorum privatorum als weitere ordentliche Prozeßform für die römischen Bürger das "Formularverfahren", das sich zunächst zur Durchsetzung des ius honorarium sowie in den Peregrinenprozessen entwickelt hatte. Im Gegensatz zu dem Legisaktionenverfahren zeichnete sich der Formularprozeß dadurch aus, daß der Prätor dem Kläger am Schluß des Verfahrensabschnittes in iure die actio in einer Schriftformel, der "formula", gewährte. Diese formula enthielt im allgemeinen sowohl den Klagegrund in der sogenannten "intentio" als auch - in der "demonstratio" - eine Beschreibung der Klagetatsachen. Durch die formula wies der Prätor den Judex mit für diesen verbindlicher Wirkung an, unter welchen Voraussetzungen er der actio des Klägers stattzugeben beziehungsweise den Beklagten freizusprechen hatte - "condemnatio". Ein Anspruch konnte also in dem Formularprozeß nur noch durch Vermittlung der magistratischen formula zu einem iudicium gelangen; das bedeutet, daß nur derjenige, dem für seinen angeblichen Anspruch eine solche formula zu Gebote stand, eine durchsetzbare "actio" hatte. Um dieser neuen Verfahrensregelung Rechnung zu tragen, bildeten die Prätoren im Laufe der Zeit, zum Teil bereits in ihren Edikten, Klageformeln aus sowohl für die früheren legitimae actiones als auch allmählich für andere im ius civile anerkannte Rechte und für neue Ansprüche, die von den alten legis actiones nicht erfaßt worden waren [4].

---

1) vgl. l 2 § 6 D de origine iuris 1,2.
2) Krüger S. 47; Keller S. 53; Endemann Zivilprozeß S. 345.
3) Alter unbestimmt, vgl. Keller S. 104; Goldschmidt S. 7; Wenger S. 20.
4) v. Czyhlarz S. 364/365; Keller S. 102, 134, 136; Goldschmidt S. 7/8; Wenger S. 13, 20; Seidl S. 176.

Die Skizzierung der beiden Verfahrensarten läßt erkennen, daß der Legisaktionen- und der Formularprozeß trotz mancher Verschiedenheiten der Verfahrensgestaltung in einem wesentlichen Grundzug übereinstimmten: Ebenso wie in dem alten Legisaktionenverfahren blieb es nämlich auch in dem Formularprozeß entscheidende Voraussetzung für die Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung eines materiellen Anspruches, daß sich die Streitsache unter eine vorgegebene, nach Inhalt und Umfang genau begrenzte "actio" unterordnen lassen mußte.

2) Der Prozeßverlauf in der Prozeßform der extraordinaria cognitio

Diese Grundregel des römischen Prozeßrechts blieb, wenn auch bei freierer Fassung der actiones [1], doch weiterhin aufrechterhalten, als der "ordo iudiciorum privatorum" seit der Herrschaft Diokletians (284 bis 305 n. Chr.) allmählich verdrängt wurde durch die "extraordinaria cognitio". Diese "außerordentliche" Rechtsschutzform hatte sich bereits während der Geltung des ordo iudiciorum privatorum ausgebildet für neu auftauchende Rechtsverhältnisse, denen keine actio des ius civile entsprach. Die extraordinaria cognitio unterschied sich von der bisherigen Prozeßform im wesentlichen dadurch, daß die Zweigliederung des Verfahrens in iure und in iudicio beseitigt wurde und nunmehr der Magistrat, ein kaiserlicher Beamter, die gesamte Verhandlung führte und den Prozeß selbst entschied [2]. Obwohl damit im Grunde die litis contestatio als Einschnitt zwischen den Verfahrensteilen in iure und in iudicio überholt gewesen wäre, waren doch mit diesem Institut schon seit der ältesten Zeit derart bedeutsame und für das gesamte System des Prozeßrechts entscheidende Folgen verbunden, daß auch das spätere Recht nicht auf die litis contestatio verzichten konnte. Sie wurde nur in Anlehnung an die neue Verfahrensgestaltung der extraordinaria cognitio auf den Zeitpunkt übertragen, in dem beide Parteien vor dem Magistrat ihre gegenseitigen Behauptungen und Ansprüche dargelegt hatten [3]; und man kann die litis contestatio noch für das neuere justinianische Recht in wesentlicher Übereinstimmung mit dem klassischen Recht dahingehend definieren, daß sie "in der vor der richterlichen Obrigkeit abgegebenen Erklärung beider Parteien über das Dasein und den Inhalt des Rechtsstreits" bestand [4].

---

1) Heffter S. 137, 138.

2) Goldschmidt S. 6 und 8; v. Czyhlarz S. 360.

3) v. Savigny VI S. 16 und 237; vgl. Endemann Zivilprozeß S. 397/398.

4) so v. Savigny VI S. 22; ebenso v. Bayer S. 580.

II. DIE BEWÄHRUNGSPUNKTE DES MODERNEN STREITGEGENSTANDES IM RÖMISCHEN RECHT

Das römische Prozeßrecht enthielt - wahrend der Geltung sowohl des klassischen als auch des spateren nach-diokletianischen und justinianischen Verfahrens - eine Reihe wesentlicher Grundregeln, die vergleichbar sind mit entsprechenden Grundsätzen unseres modernen Zivilprozeßrechts, von welchen die Bestimmung des heutigen Streitgegenstandes, seines Wesens und seiner Bedeutung, auszugehen hat.

A. Die klassische Regelung während der Geltung des ordo iudiciorum privatorum

1) Klageänderung und ähnliche Institute

Unter jenen mehrfach erwahnten "Bewahrungspunkten" des Streitgegenstandes im modernen Prozeßrecht ist zunachst das Institut der Klageanderung hervorzuheben, in dem sich das Problem des Streitgegenstandes konzentriert auf die Frage: wann liegt eine Klageänderung vor?

a) Einführung in das römische Klageänderungsrecht

Diese für die Anwendung der §§ 264 und 268 ZPO entscheidende Frage beantwortete sich in dem römischen Prozeßrecht aus dem damaligen Aktionendenken so selbstverständlich, daß sie sich praktisch überhaupt nicht stellte. Der römische Zivilprozeß erhielt nämlich - wie bereits angedeutet - seine charakteristische Prägung durch ein streng gegliedertes Aktionensystem, in dem jede einzelne actio sowohl in der äußeren Form als auch in ihrem Inhalt durch Gesetz oder Herkommen, gegebenenfalls durch das Edikt eines Prators, von vornherein verbindlich festgelegt war. So hatten alle actiones einerseits ihre eigenen Namen, ihre speziellen Begriffe und eine feststehende Klageform mit genau vorgeschriebenem Wortlaut, andererseits verkörperten sie jeweils einen in allen Einzelheiten spezialisierten materiellen Anspruch und entsprachen damit einem in seinem Umfang fest umrissenen Rechtssatz; jede actio stellte also - wie Jhering [1] es ausdrückt - ein besonderes Individuum dar [2]. Falls nun eine derartig "indivi-

---

1) Jhering S. 638 (II. Teil).

2) vgl. dazu: Dernburg Lehrbuch S. 260/261; Jhering S. 618 und 638; Wenger S. 13; Windscheid actio S. 229.

duelle" Klage im Verlauf des Verfahrens eine (Klage-) Änderung hätte erfahren sollen, so hätte diese Änderung notwendigerweise in der Fassung der actio zum Ausdruck kommen, das heißt ihren Niederschlag finden müssen; denn in der äußeren Form einer actio spiegelte sich jederzeit der Inhalt und Umfang des ihr zugrundeliegenden und mit ihr verfolgten materiellen Rechts. Angesichts der starr formalen Gestaltung des Aktionensystems konnten folglich in dem römischen Prozeßrecht Zweifel darüber, ob eine Klageänderung - im modernen Sinne - vorlag, überhaupt nicht auftauchen.

Im übrigen wirkte sich das römische Aktionensystem auch auf die Regelung der Zulässigkeit von Klageänderungen aus. Da nämlich jede actio nur auf einen bestimmten Einzelfall zugeschnitten war und in ihrer unelastischen vorgeschriebenen Form keinen Spielraum für eine inhaltlich verschiedenartige Ausgestaltung des ihr entsprechenden materiellen Rechtsverhältnisses ließ, ergab sich - durchaus einleuchtend - die Folgerung, daß eine "Klageänderung" im Sinne moderner Prozeßrechtslehre nicht zulässig sein konnte. Die von dem Kläger gewählte und ihm von dem Magistrat zugesprochene actio lag sowohl dem Inhalt und Klagegrunde nach als auch in der dem Inhalt angepaßten äußeren Form für den Verfahrensabschnitt "in iudicio" fest und gab ein für allemal bindend den Umfang des durch sie gewährten Rechtsschutzes an. Eine Klageänderung, also eine Änderung des Inhaltes, der Begründung oder des Zieles der actio, würde eine Änderung ihrer äußeren Form bedingt haben; eine solche verbot sich jedoch, da die streng festgelegten Klageformen beziehungsweise legis actiones nach altem Herkommen nicht abgeändert werden konnten [1].

b) aliud pro alio

Statt dessen stand dem Kläger allerdings - ebenfalls als Folge des sich streng durch actiones vollziehenden Rechtsschutzes - die Möglichkeit offen, einen Anspruch, der von der bisherigen actio nicht erfaßt worden war, mit einer anderen actio gerichtlich geltend zu machen. Der Kläger konnte also uneingeschränkt mit Hilfe einer entsprechenden neuen actio ein "aliud pro alio" fordern; denn der für dieses "aliud" vorgesehene Rechtsschutz wurde in der Form einer andersartigen actio verwirklicht, die selbständig neben der zunächst gewählten actio stand. "Item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari, eumque ex integro agere posse, quia ... si is qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit; aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit,

---

1) Schmidt Lehrbuch S. 37; Schmidt Klageänderung S. 8/9 Anm. 1; Heffter S. 442; Osterloh II S. 87.

cui ex stipulatu debebatur; aut si cognitor aut procurator intenderit sibi dari oportere" (Gai. 4.55); vgl. J. 4.6. 35: "Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet, sed in eodem iudicio, cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittimus; veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit, aut si quis ex testamento sibi dari oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur" [1]. Wie sich aus den beiden Quellenstellen ergibt, bestand die Möglichkeit, mit neuer actio ein "aliud pro alio" geltend zu machen, nicht nur in Fällen, in denen der Kläger statt des ursprünglich begehrten Objektes einen anderen Gegenstand fordern wollte (Stichum statt Erotem), sondern gleichermaßen auch, wenn er die Klage zwar auf dasselbe Objekt richtete, dieses aber nunmehr aus einem anderen Rechtsgrund als bisher beanspruchte (ex stipulatu statt ex testamento). Dieses letztere Beispiel hebt deutlicher noch als das erste die Eigenart und die Bedeutung des römischen Aktionendenkens hervor; denn es zeigt, wie das römische Prozeßrecht mit Hilfe der actiones ein Problem löste, zu dessen Klärung im heutigen Recht der Streitgegenstand herangezogen werden muß. Die actio, die auf den Erwerbsgrund "ex testamento" abgestellt war, diente ausschließlich dazu, den Anspruch des Klägers unter dem Gesichtspunkt eines Erwerbes "ex testamento" prüfen zu lassen; in dieser Prüfung erschöpfte sich das Verfahren, und der iudex konnte auf die actio "ex testamento" hin nicht untersuchen, ob der mit der Klage begehrte Gegenstand dem Kläger etwa auf Grund eines Erwerbes "ex stipulatu" zustand. Auf einen Erwerb "ex stipulatu" konnte sich der Kläger nur mit der speziell diesem Rechtsgrund angepaßten actio berufen, die ihm neben der actio "ex testamento" jederzeit offenstand. Während der Kläger also einerseits nicht berechtigt war, die actio, mit der er geltend gemacht hatte, ex testamento dari sibi oportere, in der Form zu ändern, daß er seinen Anspruch statt aus einem Erwerb "ex testamento" aus einem solchen "ex stipulatu" herleitete, war es ihm jedoch andererseits nicht verwehrt, die für den Fall eines Erwerbes "ex stipulatu" vorgesehene actio neu zu erheben, beziehungsweise den Magistrat um ihre Zulassung zu bitten.

---

1) Die Frage, ob etwa die verschiedene Formulierung bei Gaius "ex integro" und in den Institutionen "in eodem iudicio" auf eine verschiedene Auffassung über den Zeitpunkt der Geltendmachung der neuen actio schließen läßt, kann im Rahmen der hier interessierenden Erörterungen dahingestellt bleiben. Entscheidend ist hier allein die Tatsache, daß eine neue actio erforderlich und möglich war, nicht jedoch, wann sie erhoben werden mußte, zumal auch bei Geltendmachung des neuen Anspruches in iudicio neue postulatio und editio actionis, neue iudicis datio erforderlich war; vgl. Schmidt Klagänderung S. 8/9 Anm. 1;
zu der Institutionenstelle vgl. Schmid S. 119/20.

c) plus petitio

Aus der streng formalen Fassung sowie der verbindlichen Wirkung der actiones für den iudex erklärt sich auch eine weitere in diesem Zusammenhang erwähnenswerte römische Prozeßregel der klassischen Zeit [1], nämlich die des "causa cadere" oder "rem perdere" durch "plus petitio". Wenn der Kläger seinen Anspruch in irgendeiner Hinsicht überspannte, sei es daß ihm eine "plus petitio re, causa oder loco" unterlief, so wurde seine actio in vollem Umfang abgewiesen [2]. "Set plus quidem intendere ..., periculosum est" (Gai. 4.56); "si quis intentione plus complexus fuerit, causa cadit, id est, rem perdit, nec a Praetore in integrum restituitur, praeterquam quibusdam casibus, in quibus Praetor edicto succurit ..." (Gai. 4.53); vgl. J. 4.6.33: "si quis agens in intentione sua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineat, causa cadebat, id est rem amittebat, nec facile in integrum a Praetore restituebatur ..." Dies folgte als logische Konsequenz aus dem damaligen Prozeßaufbau, in welchem sich die Funktion des iudex darauf beschränkte, die tatsachlichen Voraussetzungen einer rechtlich in allen Einzelheiten festgelegten actio nachzuprüfen und abschließend zu beurteilen. So war der iudex lediglich berechtigt - und verpflichtet -, die nach der legis actio beziehungsweise der formula erforderlichen Beweise zu erheben, und je nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hatte er die von dem Magistrat bereits vorgeschriebene für den Kläger entweder günstige oder aber ungünstige Entscheidung auszusprechen. Erwiesen sich nun die Angaben des Klägers, und damit die Grundlage seiner actio, als zutreffend, dann gab der iudex der Klage statt; stellte sich hingegen die Behauptung des Klägers - auch nur in einem einzigen Punkt - als falsch heraus, so war der Beklagte in vollem Umfang freizusprechen. Denn es war damit erwiesen, daß dem Kläger der behauptete Anspruch, so wie er in der actio bezeichnet und umrissen war, entgegen seiner Behauptung nicht zustand, und nur in diesem genau durch die actio festgelegten Umfang war der angebliche Anspruch des Klägers Gegenstand des Verfahrens apud iudicem.
(Daß der Kläger durch das Institut der Klagenkonsumtion daran gehindert war, im Anschluß an die erfolglose Klage noch das wirkliche, aber geringere Klagerecht geltendzumachen, soll hier nur erwähnt werden; diese Tatsache wird im Rahmen der Erörterungen über die Klagenkonsumtion eingehender behandelt werden.)

---

1) Im späteren justinianischen Recht verlor sie ihre Bedeutung, vgl. Windscheid actio S. 66, Francke S. 301.

2) für die folgenden Erörterungen bleiben allerdings die plus petitio tempore und loco außer Betracht, da sie für den Streitgegenstand unerheblich sind.

Auch hier zeigt sich deutlich, daß der iudex des römischen Prozeßrechts nicht wie der moderne Richter unabhängig von der Fassung eines Klageantrages frei über den "Streitgegenstand" zu entscheiden hatte, sondern daß er bei der Prüfung eines materiellen Rechtsverhältnisses in allen Einzelheiten streng an die jeweilige actio und den durch sie gesteckten Rahmen gebunden war [1]. Ergab sich im Verlauf des Verfahrens auch nur die geringste Abweichung von dem Inhalt der actio, so blieb das Verlangen des Klägers ohne Erfolg [2].

d) minus petitio

Allerdings führten die Römer dieses Prinzip insoweit nicht folgerichtig durch, als sie es nur auf die 'plus petitio', nicht hingegen auf den entsprechenden Fall der "minus petitio" anwandten. "Minus autem intendere licet" (Gai. 4.56); "si minus in intentione complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat, veluti si, quum ei decem deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit, aut si, quum totus fundus eius esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit..." (J. 4.6.34). Wenn nämlich die von dem Kläger gewählte actio nicht seinen gesamten Anspruch gegenüber dem Beklagten umfaßte, hätte an sich - in konsequenter Durchführung des Aktionendenkens - die actio ebensowenig wie auf eine plus petitio hin zu einem Erfolg führen können, da sich die actio auch in diesem Falle nicht mit dem zugrundeliegenden Recht deckte. Dennoch ließ das römische Prozeßrecht eine beschränkte Geltendmachung materieller Ansprüche zu, und der iudex gab der actio des Klägers statt, auch wenn sie dessen Anspruch nicht voll erschöpfte. Hier griffen offenbar Billigkeitserwägungen ein, die dem Willen des Klägers im Einzelfall Rechnung trugen, und es folglich dem Kläger anheimstellten, sein Forderungsobjekt nach Belieben entweder in vollem Umfang oder aber nur teilweise gerichtlich zu verfolgen.

---

1) Krüger S. 54; v. Savigny VI S. 302/303; dies galt allerdings nur für den Fall einer "certa intentio"; war hingegen eine "incerta intentio" zulässig, so war der Umfang der Verurteilung in das Ermessen des iudex gestellt; vgl. dazu: v. Czyhlarz S. 145; Keller S. 134.

2) Endemann Prinzip der Rechtskraft S. 13 bis 15; Francke S. 301; Keller S. 207/208; Wenger S. 170/171.

2) Klagenhäufung und Klagenkonkurrenz

Ein weiterer "Bewährungspunkt" für den Streitgegenstand und damit zugleich Ausgangspunkt für seine Inhalts-Bestimmung in der modernen Prozeßrechtslehre ist das Institut der objektiven Anspruchshäufung oder der Klagenhäufung. Angesichts der durch § 260 ZPO eröffneten Möglichkeit, mehrere prozessuale Ansprüche in einer Klage zu verbinden, kann es im heutigen Recht Schwierigkeiten bereiten, im Einzelfall festzustellen, ob ein einheitlicher oder mehrere prozessuale Ansprüche geltend gemacht sein sollen. Dies gilt zwar nicht für die eindeutigen und unproblematischen Fälle, in denen aus verschiedenen Sachverhalten oder selbst aus einem einheitlichen Sachverhalt mehrere Klagebegehren hergeleitet werden; es trifft jedoch dann zu, wenn ein einheitlicher Antrag auf mehrere Sachverhalte, also verschiedene Klagegründe, gestützt wird.

In dem römischen Prozeßrecht wirkte sich auch in diesem Punkt das Aktionensystem aus mit der Folge, daß sich die Frage nach einer Einheit oder Mehrheit prozessualer Ansprüche im Sinne der modernen Klagenhäufung überhaupt nicht stellen konnte. Da sich nämlich jeder materielle Anspruch in einer speziellen, auf den Einzelfall zugeschnittenen und nur ihm entsprechenden actio äußerte und der römische Prozeß keine allgemeine, inhaltlich unbestimmte Klage kannte, entfiel dort von vornherein die Möglichkeit einer Verbindung mehrerer Klagebegehren in einer actio. Mehrere Ansprüche konnten nur als einzelne - nebeneinander [1] oder nacheinander - mit Hilfe der für jeden speziell vorgesehenen actio verfolgt werden, so daß an Hand der actiones ohne weiteres zu erkennen war, ob das Verlangen des Klägers auf einem einheitlichen Sachverhalt oder auf verschiedenen Vorkommnissen beruhte. Die für das moderne Recht problematischen Fälle der Klagenhäufung fanden also in dem römischen Prozeßrecht wiederum aus der Eigenart des Aktionendenkens ihre selbstverständliche Lösung.

Andererseits gewann infolge der Gestaltung der actiones das römische Institut der Klagenkonkurrenz und seine prozeßrechtliche Behandlung eine besondere Bedeutung. Wenn ein einheitlicher Sachverhalt, ein einheitliches Rechtsverhältnis, mehrere Ansprüche begründete, die im wesentlichen auf denselben Erfolg gerichtet waren, so standen dem Berechtigten entsprechend den einzelnen materiellen Rechten mehrere actiones zu, die sämtlich der Erreichung eines einzigen bestimmten Zieles dienten [2]. Der Kläger konnte in derartigen Fäl-

---

1) und zwar je nach dem Ermessen des Gerichts gemeinsam oder getrennt; Endemann Zivilprozeß S. 630.

2) Es handelt sich hier um die "eigentliche Klagenconcurrenz" im Sinne Brackenhoefts, vgl. S. 254 ff, S. 289; Beispiele bei v. Savigny VI S.424; Windscheid actio S. 77 und Eisele S. 360.

len eine Rechtsbehauptung, die sich auf verschiedene Rechtsgrundlagen stützen ließ, nur unter jeweils einem rechtlichen Gesichtspunkt mit einer actio verfolgen; allerdings stand ihm für jeden Rechtsgrund eine selbständige actio zu Gebote [1]. Unter den verschiedenen actiones hatte der Kläger die Wahl, und es stand in seinem Belieben, auf welchen Rechtsgrund er sich im Einzelfall berufen wollte. Wenn er sich nun für eine bestimmte actio entschieden und diese von dem Magistrat erbeten hatte, erhob sich die Frage, welchen Einfluß die Durchführung des mit dieser Klage eingeleiteten Verfahrens auf die übrigen actiones ausübte [2]. Die Beantwortung dieser Frage leitet über in das Gebiet der Klagenkonsumtion [3].

3) Klagenkonsumtion

Das moderne Prozeßrecht wird - neben einer Reihe anderer Grundideen - wesentlich beherrscht von dem Grundsatz, daß über e i n e Streitsache nicht mehrfach verhandelt und entschieden werden soll, und zwar weder während der Dauer eines bereits anhängigen Prozesses noch nach rechtskräftigem Abschluß eines früheren Verfahrens, das "dieselbe Streitsache" zum Gegenstand hatte. Um dieses Prinzip durchführen zu können, bedarf es zunächst der Feststellung, ob im Einzelfall "dieselbe Streitsache" vorliegt; das zu klären ist eine der Hauptaufgaben der modernen Streitgegenstandslehre.

a) Einführung in das Konsumtionsrecht

Auch in dem römischen Prozeßrecht galt derselbe oben bezeichnete Grundsatz; allerdings setzte das damalige Recht zur Verwirklichung jenes Grundsatzes wiederum bei den actiones an. Da nämlich das gesamte römische Verfahrensrecht

---

1) Windscheid actio S. 31; Wenger S. 174 ff; Seidl S. 177.

2) vgl. Brackenhoeft S. 252 ff, S. 271, S. 289.

3) Auf die Unterscheidung zwischen Consumptions-Konkurrenz und Solutions-Konkurrenz, die Eisele in AcP 79, S. 327 ff, bes. S. 367 ff trifft, braucht hier nicht eingegangen zu werden, da die Fälle der Solutions-Konkurrenz, die auf verschiedener obligationsbegründender "causa" beruhen und deshalb keine konkurrierenden actiones "de eadem re" sind (vgl. unten S. 20), für die Darlegung der Entwicklung des Streitgegenstandes keine Bedeutung haben; hier interessieren lediglich die - wenn auch nicht im Sinne Eiseles bezeichneten - Fälle der Consumption-Konkurrenz.

auf dem Aktionensystem aufgebaut war, verlagerte sich dort der Schwerpunkt auf die actiones als die Ansatzpunkte eines jeden Prozesses, und es stand infolgedessen für das römische Prozeßrecht das Bedürfnis im Vordergrund, mehrere actiones "über dieselbe Streitsache" zu verhindern.

Zu diesem Zwecke wurde das Institut der Klagenkonsumtion ausgebildet, welches sich in zweifacher Weise auswirkte, nämlich einerseits als Konsumtion im engeren und zum anderen als Konsumtion im weiteren Sinne [1]. Während die Konsumtion i.e.S. zur Zeit des Legisaktionenverfahrens die übliche Konsumtionsform war [2], gewann unter der Geltung des Formularprozesses die Zweiteilung in Konsumtion im engeren und im weiteren Sinn ihre entscheidende Bedeutung. Zu ihrem Verständnis muß vorausgeschickt werden, daß sich während des Formularverfahrens verschiedene Arten und mehrfache Gliederungen der actiones ausprägten, auf die im einzelnen einzugehen im Rahmen dieser Arbeit zwar nicht erforderlich ist; hervorzuheben ist hier jedoch e i n e maßgebliche Einteilung der actiones, nämlich die Aufteilung in die persönlichen und die dinglichen Klagen, welche sich darin unterschieden, daß sich bei den "actiones in personam" im allgemeinen der gesamte materielle Anspruch, die obligatio, in der actio verkörperte und in ihr aufging, wohingegen die "actiones in rem" nur einen - gerade gegen den jeweiligen Beklagten gerichteten - Ausschnitt aus dem allgemeinen, ständig gegenüber jedermann wirkenden dinglichen Recht erfaßten [3]. Auch unter den actiones in personam gab es allerdings einige, bei denen die actio nicht dem zugrundeliegenden materiellen Recht entsprach, und zwar waren dies die sogenannten "actiones in factum conceptae". In dem durch eine derartige actio eingeleiteten Verfahren hatte der iudex nicht zu prüfen, ob ein bestimmtes ziviles Rechtsverhältnis vorlag; er untersuchte daher auch nicht, wie es sonst bei den "actiones in ius conceptae" mit einer intentio iuris civilis üblich war, einzelne Tatsachen sowohl auf ihre Richtigkeit als auch auf ihre Erheblichkeit nach ius civile hin, sondern seine Aufgabe beschränkte

---

1) Diese an sich nicht gebräuchliche Terminologie wird hier gewählt, um Unterschiede zwischen den beiden Arten der Konsumtion klarer hervortreten zu lassen. In der Literatur wird teilweise - so von Wenger S. 167 ff unter Bezugnahme auf Wlassak - nur die Konsumtion im engeren Sinn als "Konsumtion" bezeichnet, die Konsumtion im weiteren Sinn hingegen als "Ausschlußwirkung". Die überwiegende Mehrheit der Autoren verwendet jedoch für beide Institute unterschiedslos den Begriff der Konsumtion; aber sie erschweren damit das Verständnis für die Eigenarten und Abweichungen der beiden Konsumtionsformen.

2) vgl. Gai. 4.108: "Alia causa fuit olium legis actionum. nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum"; vgl. dazu unten S. 22 Anm. 2.

3) Wenger S. 168/169; Windscheid actio S. 5.

sich hier auf die Prüfung, ob bestimmte in der formula angeführte Tatumstände zutrafen. Allein auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen dieser "facta" war bei den "actiones in factum conceptae" die Entscheidungsanweisung des Praetors abgestellt [1].

b) Konsumtion im engeren Sinn

In Anlehnung an diese verschiedenartige Qualifizierung der actiones entwickelte sich auch das Prinzip der Klagenkonsumtion entsprechend verschiedenartig, und die Wirkungen der Konsumtion i.e.S. beschränkten sich auf die persönlichen Klagen, soweit sie nicht in factum conceptae waren, soweit also in ihnen das geltendgemachte materielle Recht seinen Ausdruck fand. Bei diesen actiones bewertete das römische Recht die zugrundeliegende obligatio ausschließlich unter dem Gesichtspunkt ihrer Verwirklichung im Prozeß und glich sie daher auch der Entwicklung des Verfahrens in den einzelnen Abschnitten in iure, litis contestatio und in iudicio an. Das hatte zur Folge, daß der materielle Anspruch, welcher nach römischer Auffassung während des Verfahrens in iure in der actio aufgegangen war, seit dem Zeitpunkt der litis contestatio nur noch als erheblich angesehen wurde im Hinblick auf das Verfahren in iudicio und auf die Entscheidung des iudex, der sich beide Parteien auf Grund der litis contestatio zu unterwerfen hatten. So führt Gaius in diesem Zusammenhang aus (3.180): "Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum; nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur; incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri; et hoc est quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere". Diese bei Gaius beschriebene Erscheinung, daß an die Stelle des "dare oportere" mit der Litiskontestation ein "condemnari oportere" und an dessen Stelle wiederum nach der Entscheidung ein "iudicatum facere oportere" trat, wurde von einzelnen späteren Schriftstellern als Novation bezeichnet; andere Autoren hielten den Vorgang nur für vergleichbar mit dem Institut der Novation und sprachen der litis contestatio gleichsam novierende Wirkung zu - völlige Übereinstimmung wurde allerdings in diesem Punkte nicht erzielt [2]. Und es kann auch in dem hier maßgeblichen Zusammenhang dahingestellt bleiben, welche Bezeichnung der Umwandlung der materiellen Obligation in die Condemnationsbedingungen, also dem Übergang von dem "dare opor-

1) zu diesen verschiedenen Arten der Klagen: vgl. v. Czyhlarz S. 368 ff.

2) v. Bayer S. 593/594; Dernburg, Lehrbuch S. 275; Keller S. 284, S. 287; Krüger S. 49; Seidl S. 177; Wenger S. 169; Windscheid actio S. 58/59.

tere" zu dem "condemnari oportere", am besten entsprechen würde. Denn eine wesentliche Bedeutung kommt hier - gegenüber der mehr zweitrangigen Frage der zutreffenden Bezeichnung - lediglich der Tatsache als solcher zu, die Gaius beschreibt mit den Worten "tollitur obligatio litis contestatione". Vergegenwärtigt man sich an dieser Stelle, daß das materielle Recht, die obligatio, bei den persönlichen actiones (in ius conceptae) mit der gerichtlichen Geltendmachung seine selbständige Bedeutung verlor und fortan in der actio aufging, so erkennt man ohne Schwierigkeit, daß die Begriffe "obligatio" und "actio" für das römische Prozeßrecht denselben Sinn und Inhalt verkörperten und folglich auch in den Quellen gleichbedeutend als synonyme Begriffe verwendet wurden [1]. Man kann daher um des besseren Verstandnisses willen die Erklärung des Gaius "obligatio tollitur" ohne Bedenken ersetzen durch den gebräuchlicheren Ausdruck "actio tollitur" oder auch "actio consumitur", zumal sich bei Gaius selbst an anderer Stelle [2] die Formulierung findet: "in legitimo iudicio ipso iure actio consumitur".

Wie sich aus dieser Feststellung des Gaius ergibt, schrieb das römische Recht bei den hier infragestehenden persönlichen Klagen der litis contestatio eine die actio konsumierende, das heißt "aufzehrende" Wirkung zu. Mit der litis contestatio ging also sowohl die Leistungspflicht des Beklagten als auch die zu ihrer Durchsetzung dem Kläger gewährte actio unter, und an ihre Stelle trat die "zivile Prozeßobligation" [3], welche den Beklagten verpflichtete, nunmehr den Prozeß mit seinen Konsequenzen über sich ergehen zu lassen - "condemnari oportere" - und später "iudicatum facere oportere" [4]. Die actio selbst, die das Verfahren eingeleitet hatte, stand dem Kläger für die Zukunft nicht mehr zu Gebote, nachdem sie einmal untergegangen war. Sie war nach vollzogener litis contestatio "konsumiert" und damit für eine erneute Verfolgung unbrauchbar geworden [5].

Eine andere Ansicht vertritt in diesem Punkt allerdings Windscheid [6], der behauptet, der Satz, daß die actio durch die litis contestatio konsumiert werde, finde in den Quellen keinen Anhalt und treffe im übrigen auch nicht zu. Wenn

---

1) Windscheid actio S. 5.

2) Gai. 3.106 in dem Autuner Kommentar, zitiert bei Wenger S. 167 Nr. 13; vgl. außerdem Krüger S. 43.

3) Wlassak Processgesetze S. 364 unter 3; Wlassak Litiskontestation S. 57/58 und S. 57 Anm. 1, S. 21.

4) Wenger S. 169.

5) Dernburg Pandekten S. 382; Keller S. 284, S. 341, S. 342; Krüger S. 43, S. 47; Muther S. 76 bis 78; v. Savigny VI S. 23/24; Seidl S. 176/177; Wenger S. 167/168.

6) actio S. 48 ff.

nämlich jemandem eine actio zugeschrieben werde, so bedeute das, daß ihm nach gewissen Grundsätzen Recht gesprochen werden solle. Den Anspruch darauf könne er doch nicht verlieren, sobald das Rechtsversprechen begonnen habe; "verliert man das, was Einem versprochen ist, dadurch, daß es Einem gegeben wird, ... und ... stirbt dasjenige, was lebendig wird?" [1] Diese Argumentation Windscheids steht zunächst in deutlichem Widerspruch zu der oben behandelten Feststellung des Gaius (3.180) "obligatio tollitur" oder "actio consumitur", der man den Charakter einer Quellenangabe nicht wird abstreiten können. Darüberhinaus ist Windscheids Auffassung weiterhin folgendes entgegenzuhalten: Die actio war nach der klassischen römischen Rechtsauffassung die Erscheinungsform, in welcher ein materielles Recht, ein materieller Anspruch, erst eigentlich rechtlich wirksam, nämlich gerichtlich durchsetzbar wurde. War nun die gerichtliche Verfolgung einmal gewährt, so hatte sich die Aufgabe der actio praktisch erfüllt; denn diese hatte sich dann in dem Verfahrensabschnitt in iure realisiert und dem zugrundeliegenden materiellen Recht die Überleitung in das Entscheidungsverfahren apud iudicem eröffnet. Dem materiellen Recht war damit die Durchsetzbarkeit zuteil geworden, die ihm nach der Rechtsordnung zustand, so daß es einer weiteren Rückgriffsmöglichkeit auf die actio nicht mehr bedurfte. Aus diesem Grunde erscheint die Ansicht durchaus folgerichtig, daß die actio durch die litis contestatio konsumiert wurde und durch die Konsumtion für dieses bestimmte materielle Recht untergegangen war [2].

Eine Wiederholung derselben persönlichen "actiones in ius conceptae" und der durch sie eingeleiteten Prozesse wurde somit durch das Institut der Klagenkonsumtion i.e.S. in wirksamer Weise unterbunden [3]. Über diesen Rahmen hinaus erstreckten sich jedoch die Wirkungen der Konsumtion i.e.S. nicht, und sie war deshalb nicht geeignet, sämtliche Konfliktsfälle zu lösen. So erfaßte sie einerseits weder die persönlichen actiones in factum noch die actiones in rem, zum anderen konnte sie die Durchführung mehrerer Prozesse über "dieselbe Streitsache" in den Fällen nicht verhindern, in denen sich mehrere verschiedene actiones auf "diese Streitsache" bezogen.

---

1) actio S. 49.

2) Im übrigen läßt der Zusammenhang, in dem sich die oben wiedergegebene Behauptung Windscheids findet, darauf schließen, daß Windscheid nur dem Unterschied zwischen der Konsumtion im engeren und im weiteren Sinn nicht ausreichend Rechnung trug und daß er mit Hilfe der - im folgenden noch zu erörternden - Klagenkonsumtion i.w.S. auch die Fälle lösen wollte, die kraft ausdrücklicher gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Regelung von der Konsumtion i.e.S. erfaßt wurden.

3) Wlassak Litiskontestation S. 21 Anm. 2 am Ende.

c) Konsumtion im weiteren Sinn: der Grundsatz "bis de eadem re ne sit actio" und seine prozessuale Geltendmachung in der Form der "exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae"

Hier griff die Klagenkonsumtion im weiteren Sinn [1] ein, die sich auf eine alte von Quintilian [2] überlieferte Rechtsregel stützte, nämlich auf den Grundsatz "bis de eadem re agere non licet" oder auch "bis de eadem re ne sit actio". Ebenso wie die Konsumtion i.e.S. knüpfte auch die Konsumtion i.w.S. an den Zeitpunkt der litis contestatio an, so daß nicht erst nach dem Abschluß des Verfahrens, sondern bereits nach vollzogener litis contestatio "de eadem re agere non licuit". Mit Hilfe des Grundsatzes "bis de eadem re ne sit actio" löste das römische Prozeßrecht eines der wesentlichen Probleme der modernen Rechtskraftwirkung, wobei sich die römischrechtliche Regelung wiederum dadurch kennzeichnete, daß sie von der einzelnen actio ausging und damit insgesamt auf das Aktionensystem des damaligen Verfahrens zugeschnitten war. So hatte der Rechtssatz "bis de eadem re ne sit actio" - zumindest für den heutigen Betrachter - eine zweifache Bedeutung: während er auf der einen Seite in der Form "bis ne sit actio de eadem re" die Ausschlußwirkung einer actio gegenüber späteren Klagen betonte, brachte er auf der anderen Seite den Gedanken "de eadem re bis ne sit actio" zum Ausdruck und glich insofern dem heutigen Rechtskraftprinzip, als dessen geschichtlicher Vorläufer er auch von einzelnen Prozessualisten bezeichnet wird [3].

Soweit nun - zunächst - der Akzent auf den Worten "bis ne sit actio" liegt, diente die Konsumtionsregel dem Zweck, schon im Ansatzpunkt, das heißt bei den actiones, die Entstehung mehrerer Prozesse "de eadem re" zu verhindern. Und das römische Prozeßrecht trug hier der Eigenart seiner Verfahrensgestaltung, die durch die Vielfalt der actiones bestimmt wurde, insofern Rechnung, als es sich nicht auf ein Konsumtionsprinzip "bis ne sit eadem actio" beschränkte, sondern die Konsumtion i.w.S. auf sämtliche actiones "de eadem re" ausdehnte. Wenn beispielsweise in Fällen der oben S. 14 behandelten Klagenkonkurrenz ein bestimmter Erfolg mit Hilfe mehrerer actiones erreicht werden konnte, die sich ohne ausdrückliche Regelung gegenseitig nicht beeinflußt hätten, so ermöglichte in einem derartigen Fall der Grundsatz "bis ne sit actio de eadem re" eine angemessene und gerechte Lösung. Dem Kläger war dann nämlich auf Grund dieser Konsumtionsregel nicht nur der Gebrauch der bereits einmal erhobenen actio,

---

1) von einzelnen Autoren - so von Wenger S. 167 - als "Ausschlußwirkung" der ersten Klage gegenüber versuchten späteren Klagen bezeichnet.

2) Quintilian VII, 6,4 und Declam. 266, zitiert bei Wenger S. 166/167.

3) Schmidt Lehrbuch S. 530; Krüger S. 173; Goldschmidt S. 8.

sondern der sämtlicher konkurrierender actiones (de eadem re) für die Zukunft verwehrt [1]. Auf diese Weise wurde eine Verdoppelung von Urteilen mit der jeweiligen Folge des "iudicatum facere oportere" für den Beklagten vermieden, und der Rechtsstreit zwischen den Parteien fand in einem Verfahren seine endgültige Erledigung.

Ähnliches galt für das Institut des "rem perdere" durch "plus petitio". Diese römischrechtliche Regelung wäre als rein formalistische und für die Praxis bedeutungslose Übersteigerung des Aktionendenkens zu beurteilen, wenn der Kläger berechtigt gewesen wäre, nach Abweisung der ersten Klage nunmehr mit Hilfe einer neuen actio das ihm tatsächlich zustehende "minus" von dem Beklagten zu verlangen. Um das zu vermeiden und damit die Abweisung der gesamten Klage im Falle einer plus petitio zu rechtfertigen, kam es auch hier entscheidend darauf an, daß nicht lediglich die erste - eadem - actio konsumiert wurde, sondern darüberhinaus zugleich die auf das "minus" gerichtete actio, die "denselben" Anspruch des Klägers gegen den Beklagten - nur in geringerem Umfang - verkörperte. Auch dieser typisch römischrechtliche Fall der "plus petitio", der in dem strengen Aktionensystem seine Wurzel hatte, zeigt somit, daß das römische Prozeßrecht mit einer Konsumtionsregel "bis ne sit eadem actio" der Bedeutung und Vielgestaltigkeit seiner actiones nicht gerecht geworden wäre; hingegen trug der Grundsatz "bis ne sit actio de eadem re" den Besonderheiten des Aktionensystems in ausreichendem Maße Rechnung und führte zu prozessual vernünftigen und angemessenen Ergebnissen.

Um nun im Einzelfall zu klären, ob und inwieweit sich eine bereits durchgeführte actio auf eine andere actio - konsumierend - auswirkte, mußte man auf das neben dem Ausschlußgedanken "ne bis sit actio" in der Konsumtionsregel weiterhin enthaltene Kriterium der "eadem res" abstellen. Denn wie aus dem bisher Dargelegten hervorgeht, wurden spätere actiones nur ausgeschlossen, wenn und soweit sie sich auf "eadem res" bezogen. In diesem Punkt klingt die römische Regelung an den Grundsatz des modernen Prozeßrechts an, daß über "dieselbe Streitsache" nicht mehrfach gestritten und entschieden werden soll. Ob sich allerdings die "res" des römischen Konsumtionsprinzips über diese äußere Ähnlichkeit hinaus in Inhalt, Umfang und Bedeutung mit der modernen "Streitsache" - und das bedeutet zugleich mit dem "Streitgegenstand" - vergleichen läßt, wird sich danach entscheiden, wie das römische Prozeßrecht diese "res" auffaßte, und welche Stellung es ihr in dem Gesamtsystem des Prozesses einräumte. Anhaltspunkte dafür bieten die Quellenstellen, in denen die Regel "bis

---

1) vgl. Windscheid actio S. 31 und D 50.17.43.1: "quotiens concurrunt plures actiones eiusdem rei nomine una quis experiri debet".

ne sit actio de eadem re" ihren Niederschlag fand, wenngleich sich die Quellenangaben weniger auf den ohnehin allgemein bekannten Inhalt des Konsumtionsgrundsatzes bezogen als vielmehr auf die Form, in der er im Prozeß durchgesetzt oder geltendgemacht wurde. Im Gegensatz zu der oben behandelten Konsumtion i.e.S., die sich ipso iure in jedem späteren Verfahren auswirkte, wurde nämlich die Tatsache, daß für eine bestimmte (eadem) "res" bereits einmal eine actio von dem Magistrat zugesprochen und in einem Prozeß durchgeführt worden war, nur auf entsprechende Einrede hin berücksichtigt [1]; "at vero (si) legitimo iudicio in personam actum sit ea formula quae iuris civilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est. si vero vel in rem, vel in factum actum fuerit, ipso iure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae vel in iudicium deductae" (Gai. 4.107) [2]. Diese durch die litis contestatio begründete exceptio rei in iudicium deductae, die sich mit dem Urteil in die exceptio rei iudicatae verwandelte [3], gibt Aufschluß darüber, wie das römische Recht die "res" bestimmte, auf die sich eine actio bezog (res de qua agitur), die mit der litis contestatio in iudicium deduziert und über die später das Urteil gesprochen wurde (res iudicata) [4]. Da die exceptio nur gewährt wurde, wenn ein späteres Verfahren "eandem rem" zum Gegenstand hatte wie ein früherer Prozeß, lassen sich das Wesen und die Bedeutung der "res" - am ehesten - aus den Quellenstellen ableiten, in denen die Voraussetzungen der exceptio behandelt und zu diesem Zwecke Kriterien für die Identität zweier "res" angegeben werden. So führt - zunächst - Ulpian D 44.2.7.1 aus: "utrum idem petere videar, an aliud?

---

1) Schmidt Lehrbuch S. 531; Bekker S. 45; v. Savigny VI S. 24; Wetzell S. 590.

2) Wenger S. 168/169; vgl. auch Gai. 3.181: und für die Zeit der legis actiones: Gaius IV § 108: "Alia causa fuit olium legis actionum. nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum." - Da in der Zeit der legis actiones der Rechtsschutz noch stärker als in dem späteren Formularverfahren auf eine bestimmte Anzahl von actiones beschränkt war und für einen einzigen Anspruch damals nicht mehrere actiones zur Verfügung standen - vgl. Jhering S. 618, Keller S. 101 - bedeutet die Feststellung des Gaius "de ea re postea agi non poterat" einen Ausschluß der einzig existierenden actio de eadem re; es handelte sich also um eine Konsumtion i.e.S., die ipso iure zur Geltung kam; vgl. Keller S. 288.

3) Windscheid Pandekten S. 390 Anm. 22.

4) vgl. dazu Bekker S. 45; Wenger S. 206.

magnae quaestionis est. Et quidem ita definiri potest, toties eandem rem agi, quoties apud iudicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est", und D eod. 7.4: "Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei iudicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere iudicii" (ebenso D eod. 3). Aus diesen Erklärungen des Ulpian läßt sich allerdings nicht mehr entnehmen, als daß "eadem res" angenommen wurde, wenn "eadem quaestio", also dieselbe Materie, dasselbe Thema oder auch dieselbe Rechtsfrage, in einem neuen Verfahren wieder aufgerollt werden sollte; für eine Bestimmung des Inhaltes und der Bedeutung der "res" bieten die genannten Zitate keine Anhaltspunkte, zumal der Begriff der "quaestio" kaum weniger unbestimmt und unbestimmbar ist als der der "res". So bleibt vor allem die hier entscheidende Frage offen, wodurch diese "quaestio" im einzelnen gekennzeichnet wurde, und welche Merkmale ausschlaggebend waren, um eine "quaestio" als identisch mit der "quaestio" eines früheren Verfahrens zu beurteilen. Da Ulpian also praktisch nur die "res" beziehungsweise die "eadem res" mit der "-eadem- quaestio" gleichsetzte, ohne aber diese letztere näher zu charakterisieren, lassen seine Ausführungen keinen Schluß zu auf die römische Auffassung von dem Wesen der "res". Mehr Klarheit bringen demgegenüber, da sie Merkmale für die Individualisierung der "res" enthalten, folgende Feststellungen des Neratius und Paulus: Neratius D 44.2.27: "Cum de hoc, an eadem res sit, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis", und Paulus l 12 D eod.: "Cum quaeritur, haec exceptio noceat necne? inspiciendum est, an idem corpus sit, Ulpian l 13 D eod.: quantitasque eadem, et idem ius, Paulus l 14 pr. D eod.: et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum. Quae nisi omnia concurrunt, alia res est." Hier ist klar ausgesprochen, daß mehrere "res" als identisch angesehen wurden, wenn sie in drei Merkmalen übereinstimmten, wenn nämlich dieselben "personae" über "eadem causa petendi (oder actionis) verhandelten und sich dabei auf "idem corpus, quantitatem oder ius" bezogen - die Angabe des Neratius "id ipsum de quo agitur" wird man als gleichbedeutende Umschreibung für "idem corpus" auffassen können [1]. Das römische Recht bezeichnete mit diesem Begriff den Gegenstand oder das Objekt, das in dem Prozeß begehrt wurde; dieses Objekt trat, wie sich aus l 12 und l 13 D 44.2 ergibt, in drei verschiedenen Arten auf, und zwar entweder als "corpus", also körperlicher Gegenstand, oder - von Ulpian in l 13 erläuternd in die Erklärung des Paulus eingeschoben - als "quantitas, das heißt als bestimmte Menge vertretbarer Sachen, oder schließlich als unkörperlicher Wertgegenstand, als "ius" [2]. - Daß die Identität mehrerer "res" außer jeweils demselben Objekt auch dieselben

---

1) Damit deckt sich im übrigen die deutsche Übersetzung von Sintenis-Otto-Schilling, die die Worte "id ipsum de quo agitur" wiedergibt als "den fraglichen Gegenstand selbst".

2) Endemann Prinzip der Rechtskraft S. 45 ff.

Beteiligten (personae) voraussetzte, an deren Stelle allerdings bestimmte Rechtsnachfolger treten konnten [1], bedarf keiner besonderen Erläuterung. - Den letzten und zugleich wesentlichsten Anhaltspunkt für die Feststellung, ob "eadem res" vorlag, bildete die "causa petendi", die ebenfalls in den einzelnen Verfahren dieselbe sein mußte. Die "causa" gab die eigentliche rechtliche Charakterisierung der "res" an, und zwar in unterschiedlicher Weise, je nachdem ob es sich um actiones in personam oder um actiones in rem handelte. Bei den actiones in personam galt als "causa petendi" der einzelne "Schuldgrund" [2], der "Erwerbs- oder Entstehungsgrund der Verpflichtung" [3], also beispielsweise ein bestimmter Vertrag, ein Delikt oder ein sonstiger obligationserzeugender Tatbestand [4]. Bei den actiones in rem hingegen wurde das dingliche Recht als solches - ohne Rücksicht auf einen besonderen Entstehungsgrund [5] - als "causa petendi" aufgefaßt [6], und zwar aus der Erwägung heraus, daß der Charakter eines dinglichen Rechtes, im Gegensatz zu den Obligationen, nicht von dem jeweiligen Entstehungsgrund abhängig ist, daß vielmehr jeder mögliche Entstehungsgrund doch immer dasselbe eine umfassende dingliche Recht zur Folge hat [7].

---

1) Keller S. 348; zur eadem conditio personarum: vgl. Brackenhoeft S. 188 ff.

2) Dernburg Lehrbuch § 136, S. 290.

3) Keller S. 349/350; Puchta S. 143; Jhering III S. 39 und S. 45.

4) Wenger S. 178; vgl. auch Eisele S. 361 ff mit Beispielen.

5) Der Entstehungsgrund wurde nur in Ausnahmefällen berücksichtigt, in denen der Kläger seine actio auf einen bestimmten Erwerbsgrund, z.B. Ersitzung bei dem Eigentum, beschränkt hatte, sogenannte "causa expressa" oder "causa adiecta"; vgl. v. Savigny VI S. 465; Dernburg Pandekten S. 360; Windscheid Pandekten S. 383 mit Anm. 5) und 6).

6) Wenger S. 178; Puchta S. 143.

7) vgl. Paulus D 44.2.14.2: "actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur; at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione apprehenduntur; neque enim amplius, quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest," - hier ist der Begriff der "causa" jedoch nicht im Sinne von "causa petendi" gebraucht, sondern unterschiedslos als "Entstehungsgrund". - zu der Identität in Fällen mehrerer actiones in rem vgl. Brackenhoeft S. 225 ff, bes. S. 232/233, S. 237 bis S. 240.

Da also, wie bereits mehrfach hervorgehoben, die drei im einzelnen erläuterten Merkmale "idem corpus", "eadem causa" und "eaedem personae" die Identität verschiedener "res" bewirkten, ist auch der Schluß gerechtfertigt, daß die einzelne "res" ebenfalls durch "personae", "corpus" und "causa" charakterisiert und zugleich individualisiert wurde. Diese drei Bestandteile prägten mithin das Wesen der "res"; und sie bilden infolgedessen den Ausgangspunkt, an dem sich jeder Versuch einer Interpretation der "res", sowie jeder Vergleich mit modernen Rechtsinstituten oder Begriffen auszurichten hat.

Während Windscheid [1] derartigen Überlegungen keinen Raum ließ, sondern erklärte, man dürfe unter "res" nichts Bestimmteres verstehen als was das Wort sage, nämlich nur die "Sache", faßten eine Reihe anderer Prozessualisten die Bedeutung der "res" inhaltlich präziser auf und gaben sie wieder als das "ganze Sachverhältnis" [2] oder den "vom Kläger geltend gemachten (materiellen) Anspruch" [3]; so unter anderen auch Bekker [4], der ausführt, nach den Merkmalen ihrer Identität müsse man die "res" als ein den Obligationen nahverwandtes Gebilde erklären, und sie sei "nichts anderes als der Anspruch, den mittels der Klage Kläger wider den Beklagten verfolgt." Diese letztgenannten Definitionen der "res" als "Anspruch" tragen zwar auf der einen Seite den Individualisierungsmerkmalen "corpus", "causa" und "personae" Rechnung, auf der anderen Seite verschieben sie jedoch die Bedeutung der "res", indem sie diese zu einseitig aus der Sicht des Klägers beurteilen, und sie verwischen auf diese Weise die Grenzen, die das römische Recht zwischen der "res" und der "actio" zog. Die Eigenart der "res" bestand nämlich gerade darin, daß sie - im Gegensatz zu der "actio" - nicht auf das Ziel zugeschnitten war, welches der Kläger in dem Prozeß erstrebte, sondern daß sie gleichsam "parteienneutral" die gesamte materiellrechtliche Grundlage des Verfahrens umfaßte und sowohl die Rechtsstellung und Interessenlage des Klägers als auch die des Beklagten gleichmäßig berücksichtigte und zur Geltung brachte. Dieser umfassenden Bedeutung der "res" wird der Begriff des materiellen "Anspruches" nicht gerecht; eher entspricht ihr die von Endemann gewählte Umschreibung als "ganzes Sachverhältnis", der allerdings noch vorzuziehen wäre die Bezeichnung "Rechtsverhältnis", da sich die "res" nicht - wie der Begriff "Sachverhältnis" den Anschein erweckt - lediglich aus sachlichen Angaben zusammensetzte, sondern in der "causa petendi" zugleich eine rechtliche Wertung enthielt.

---

1) Pandekten S. 382, Anm. 1).
2) Endemann Prinzip der Rechtskraft S. 15.
3) Krüger S. 53.
4) S. 46.

Die Deutung der "res" als "Rechtsverhältnis" hebt ein wesentliches Kennzeichen hervor, auf das im übrigen auch die anderen hier erwähnten Auslegungen hinweisen: ob nämlich die "res" als "Sache" oder als "Anspruch" des Klägers gegen den Beklagten", ob sie als "ganzes Sachverhältnis" oder auch - am treffendsten - als "Rechtsverhältnis" wiedergegeben wurde beziehungsweise wird, in jedem Fall wird offenbar, daß es sich im Sinne moderner Anschauung um ein materiell-rechtlich geprägtes Institut handelte. Eine rein prozessuale Bedeutung kam der römischen "res" nicht zu, es sei denn die, nach dem Prinzip "bis de eadem re ne sit actio" als Abgrenzungs- beziehungsweise Unterscheidungsmerkmal mehrerer actiones zu dienen. Da sich in dieser Funktion die prozeßrechtliche Bedeutung der "res" erschöpfte und sie vor allem das Begehren des Klägers nicht zum Ausdruck brachte, welches erst die Richtung und den Ablauf eines jeden Prozesses bestimmt, versteht es sich ohne weitere Erläuterung, daß sich diese "res" nicht mit der "Streitsache" oder dem "Streitgegenstand", das bedeutet einem der Zentralinstitute des modernen Prozeßrechts, gleichsetzen läßt. Wenn auch der Wortlaut der Konsumtionsregel auf den ersten Blick eine Gleichstellung der römischen "res" mit der heutigen "Streitsache" nahezulegen scheint, da auch über die Streitsache, also den Streitgegenstand des modernen Prozeßrechts, nicht mehrfach verhandelt und entschieden werden soll, so hat sich doch bei näherer Untersuchung des Konsumtionsprinzips sowie bei einem Vergleich seiner Hauptbestandteile, der "res" und der "actio", erwiesen, daß sich in dem römischen Recht das entscheidende prozessuale Gewicht auch hier wiederum auf die actio verlagerte. In der actio äußerte sich das - jeweils streng spezialisierte - Klagebegehren, nach dem sich der Umfang und Gang des Verfahrens ausrichtete. Der "res" bedurfte es zur Vermeidung mehrfacher Klagebegehren mit demselben Inhalt nur, um die infolge der starr festgelegten äußeren Formen fehlende inhaltliche Elastizität der actiones auszugleichen.

An einem von Gaius überlieferten Beispiel, das allerdings aus der Periode des strengsten Aktionensystems, nämlich aus der Zeit der legis actiones, stammt, soll die für das Prozeßrecht ausschlaggebende Bedeutung der actio gegenüber der res veranschaulicht werden, wie sie sich im Prinzip noch in dem späteren römischen Prozeßrecht stets erhalten hat. Gaius führt in Inst. IV § 11 aus: "Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta Praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur; vel ideo quia ipsarum legum verbis accomodatae erant, et ideo immutabiles proinde atque leges, observabantur unde cum qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est, eum rem perdisse, quia debuisset arbores nominare eo, quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio conpeteret, generaliter de arboribus succisis loqueretur." Die "res", also das Rechtsverhältnis, um das es sich in diesem Fall handelte, umfaßte die Rechtsbeziehungen zwischen dem

Kläger und dem Beklagten, die sich aus der Tatsache ergaben, daß der Beklagte Reben von Weinstöcken des Klägers abgeschnitten hatte. In einen Prozeß eingeführt werden konnte diese "res" nur mit Hilfe einer bestimmten vorgegebenen actio, der "actio de arboribus succisis", und folglich war für das gerichtliche Verfahren allein die Wahl dieser einzig zutreffenden actio entscheidend: wenn sich der Kläger - versehentlich - nicht auf die nach den Gesetzen für einen derartigen Fall vorgeschriebene actio stützte, sondern sich in der actio irrte - und sei es auch nur in ihrer Bezeichnung -, so konnte über die "res" weder verhandelt noch ein Urteil gesprochen werden.

Abgesehen von der Unwandelbarkeit der legis actiones, die in diesem Zitat des Gaius betont wird, zeigt das Beispiel deutlich, daß die "res" im Gegensatz zu der modernen Streitsache keine prozessual selbständige Bedeutung hatte, sondern daß ihr nur eine von der actio abhängige und der actio untergeordnete Stellung innerhalb des römischen Prozeßrechts zukam.

B. Die Veränderungen im Geltungsbereich der extraordinaria cognitio

Nach dem Untergang des klassischen ordo iudiciorum privatorum trat mit der extraordinaria cognitio an die Stelle des bisher streng förmlichen Prozesses ein formloseres Verfahren, und es verlor sich allmählich die frühere "feste Basis des Rechtsganges" [1]. Da die Prozeßform der extraordinaria cognitio die klassische Zweiteilung des Verfahrens in iure und in iudicio aufhob, wirkte sich die Entwicklung des Prozeßrechts insbesondere auf die gerade aus dieser Zweigliederung hervorgegangene litis contestatio und deren verfahrensrechtliche Folgen aus.

1) Untergang der Klagenkonsumtion im engeren Sinn

So gingen mit der Einführung des einheitlichen, nicht mehr zweigeteilten Verfahrens die Voraussetzungen unter, an die die noch aus der Zeit der legis actiones stammende Konsumtion i.e.S. geknüpft war; eine "consumptio" der actio im Laufe des Prozesses wäre ohne den Übergang von dem Verfahren vor dem Magistrat zu dem vor dem privaten Schiedsrichter sinnlos gewesen, und sie war infolgedessen für das spätere Recht der Kaiserzeit nicht mehr denkbar [2].

---

1) Heffter S. 442; vgl. Bekker S. 13; v. Bayer S. 550; Wetzell S. 10.
2) v. Bayer S. 595; v. Savigny VI S. 307.

2) Entwicklung und Umgestaltung der Klagenkonsumtion im weiteren Sinn; Vordringen des Rechtskraft-Gedankens innerhalb der exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae

Die Wirkungen der Konsumtion i.w.S. schwächten sich ebenfalls ab; jedoch wurde diese letztere Form der Klagenkonsumtion nicht ganzlich aufgehoben [1], und sie blieb - wie seit ihrer Entstehung - auch weiterhin verknüpft mit der litis contestatio [2], welche allerdings nunmehr der neuen Prozeßgestaltung angepaßt wurde (vgl. oben S. 8). Während unter der Geltung des ordo iudiciorum privatorum der Parteienvertrag der litis contestatio als der Angelpunkt eines jeden Prozesses angesehen worden war und alle wesentlichen Prozeßregeln sich nach der litis contestatio orientiert und in dieser ihre prozessuale Erklärung gefunden hatten, verlagerte sich der Schwerpunkt in dem späteren Recht der extraordinaria cognitio mehr auf den Abschluß des nunmehr einheitlich eingliedrigen Prozesses hin. Demzufolge gewann das Urteil, das früher nicht als "selbständiges juristisches Ereignis gegenüber der litis contestatio" aufgefaßt worden war [3], in stärkerem Maße eine eigene, die Prozeßauffassung beeinflussende Bedeutung. Das hatte unter anderem für den Bereich der Konsumtionswirkungen zur Folge, daß sich neben und anstelle des klassischen Prinzips der Klagenkonsumtion i.w.S. allmählich auch der Gedanke der Rechtskraft des Urteils geltend machte [4]; und in der früher einheitlichen, allerdings an die litis contestatio anknüpfenden exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae verschob sich der Akzent im Laufe der Entwicklung stärker auf die Tatsache der "res iudicata" hin [5].

Dies alles trat jedoch nicht allzu deutlich hervor, so wie überhaupt das spätere, justinianische Recht bei weitem nicht die Klarheit und Folgerichtigkeit des klassischen Prozeßsystems erreichte. Insbesondere auf dem Gebiet der litis contestatio und ihrer Auswirkungen war das justinianische Recht - wie Dernburg

---

1) Bekker S. 12/13; ähnlich Windscheid actio S. 65/66; a.A. v. Savigny VI S. 25.

2) Eisele S. 399/400; a.A. Dernburg Pandekten S. 383.

3) so Schmidt Klagänderung S. 5 Anm. 1).

4) darüberhinaus aber war das spätere Recht in zu starker Abhängigkeit gegenüber den klassischen Grundanschauungen befangen, als daß es etwa ein gänzlich neues Grundprinzip der Konsumtions- und Rechtskraft-Tragweite hätte entwickeln können; vgl. Schmidt Klagänderung S. 202.

5) Keller S. 347; Schmidt Lehrbuch S. 530; v. Savigny VI S. 237; Wenger S. 204 ff.

sehr bezeichnend erklärt [1] - "nichts als ein Trümmerfeld älterer halbverstandener Bestimmungen", welches die besonderen Eigentümlichkeiten der römischen Prozeßauffassung nicht mehr klar erkennen ließ.

III. DIE BEDEUTUNG DES RÖMISCHEN AKTIONENSYSTEMS

Trotz der hier nur angedeuteten Veränderungen, Neuerungen und auch Unklarheiten, die den justinianischen Prozeß im Gegensatz zu dem klassischen Verfahren kennzeichneten, hielt doch das römische Prozeßrecht während seiner gesamten Entwicklung an einem - und zwar vielleicht dem typischsten und in seinen Auswirkungen am weitesten reichenden - Grundprinzip fest, nämlich an der Ausrichtung jedes Prozesses auf das Aktionensystem hin. Der bestimmende Einfluß, den die actiones auf die Gestaltung des Prozeßrechts ausübten, war in dem römischen Rechtsbewußtsein so fest verankert, daß sich auch in der späteren Kaiserzeit ein Verfahrensrecht ohne die typischen Eigenarten der Aktionengliederung nicht hatte denken lassen. Wenn sich auch im Laufe der Entwicklung die einzelnen actiones nicht in ihrer ursprünglichen Formenstrenge erhielten, so blieb doch das System der actiones als solches im justinianischen Recht ebenso wie im klassischen Recht unangetasteter Bestandteil der Prozeßordnung und Prozeßauffassung [2]. Soweit die actiones und ihre grundsätzliche Bedeutung für das Prozeßrecht infragestehen, erscheint es aus diesem Grunde gerechtfertigt, den römischen Prozeß einheitlich nach dem Maßstab der klassischen Zeit zu beurteilen und die Fortbildung und Veränderung einzelner Prozeßinstitute während der Entwicklungsstufe der extraordinaria cognitio unberücksichtigt zu lassen.

Schließt man nunmehr den Überblick über das römische Prozeßrecht mit einer zusammenfassenden Beurteilung des Aktionensystems ab, so sind hier vor allem zwei charakteristische Auswirkungen dieses Systems hervorzuheben: Auf der einen Seite fällt dem modernen Betrachter auf, daß die römischen actiones eine besonders enge Verbindung zwischen dem Prozeßrecht und dem materiellen Recht herstellten und die Prozeßordnung weitgehend nach dem materiellen Recht orientierten. So hatte das römische Recht im Gegensatz zu unserer heutigen Rechtsordnung überhaupt nicht ein System von Rechten, sondern ein System von actiones aufgestellt, und jede actio war die Erscheinungsform eines speziellen in ihr verkörperten materiellen Rechts, welchem sie erst rechtliche Anerkennung und die Möglichkeit der Durchsetzung verlieh. Infolgedessen war für die Römer die Geltendmachung eines materiellen Rechtes oder Rechtsanspruchs im Grunde gleich-

---

1) Lehrbuch S. 275 Anm. 1).

2) vgl. Heffter S. 137/138; Muther S. 46/47.

bedeutend mit der gerichtlichen Durchführung der entsprechenden actio, und der Gebrauch der actiones wiederum stellte sich als die übliche Form der Rechtsverwirklichung dar. Der römische Kläger verfolgte also in jedem gerichtlichen Verfahren "seine" actio, die - speziell auf den Einzelfall zugeschnitten - ihm nach der Rechtsordnung gegenüber dem Beklagten zustand [1]. - Im Verlauf des Prozesses wirkten sich dann - auf der anderen Seite - die strenge Form und die Vielfalt der actiones auch auf die Lösung rein prozeßrechtlicher Probleme aus. So hat sich bei der Darstellung einzelner Prozeßinstitute gezeigt, daß sich die in dem modernen Recht auf den Streitgegenstand hinzielenden Probleme unter der Geltung des römischen Aktionendenkens in ganz anderer Form, und zwar stets im Hinblick auf die actiones stellten. Auf diese verlagerten sich die Schwerpunkte des römischen Prozesses, und aus ihrer Eigenart heraus klärten sich die Fragen, zu deren Lösung das heutige Prozeßrecht mit seinem modernen, durchaus unrömischen Klagensystem auf das Institut des Streitgegenstandes angewiesen ist.

1) vgl. Jhering II S. 636 bis 638; Windscheid actio § 1 insbes. S. 3 ff; Bruns S. 428; Dernburg Lehrbuch S. 260; v. Stintzing-Landsberg I S. 42.

2. KAPITEL

DIE WEITERENTWICKLUNG DES RÖMISCHEN PROZESSRECHTS IM GERMANISCHEN RECHTSBEREICH

Das römische Aktionensystem wirkte sich in seiner Grundanlage auf die weitere Entwicklung des Prozeßrechts bis in das Verfahren des gemeinen Rechtes aus, wenngleich es auch während der folgenden Jahrhunderte im einzelnen mehrfache Umwandlungen und Abänderungen erfuhr und sich insgesamt an germanische Rechtsgedanken und Anschauungen anpaßte, wie sie sich vor allem in Deutschland herangebildet hatten.

I. DIE GRUNDZÜGE DES GERMANISCHEN PROZESSRECHTS

Das germanische Prozeßrecht war seit der ältesten Zeit geprägt durch seine - von den römischen Anschauungen grundverschiedene - Auffassung von dem Charakter und der Bedeutung der Klage. Die deutsche, ursprünglich germanische Klage wurde nämlich nicht als Behauptung oder als Ausdruck eines dem Kläger zustehenden Rechtes angesehen; vielmehr enthielt sie eine Beschuldigung gegenüber dem Beklagten wegen eines Unrechts, welches er - angeblich - dem Kläger zugefügt hatte [1].

1) Der Aufbau des germanischen Gerichtsverfahrens

Diese Beschuldigung brachte der Kläger in dem "Ding", der von einem "Richter" eröffneten und geleiteten Versammlung der freien Volksgenossen, später der Hundertschaft, gegen den Beklagten vor, um - nach ältestem Recht - eine Buße oder ein Wergeld als Sühne für das erlittene Unrecht zu erhalten. Der Kläger forderte die Versammlung, die als Träger der Gerichtsbarkeit galt, auf, ihr Urteil zu fällen über das dem Beklagten vorgeworfene Unrecht sowie über dessen Verteidigung gegenüber dem erhobenen Klagevorwurf. Daraufhin machten einzelne rechtsverständige Urteilsfinder, die "rachimburgi" später "scabini", einen Urteilsvorschlag, den die Anwesenden allerdings "schelten", also ablehnen konnten. Fand der Vorschlag aber die Zustimmung der Versammelten, und

1) v. Bethmann-Hollweg II S. 119; Planck Gerichtsverfahren S. 367; v. Stintzing-Landsberg I S. 42.

es wurde ihm das "Vollwort" des 'Umstandes' erteilt, so gab der Richter das von der Gerichtsversammlung gefundene Urteil aus, das heißt er verkündete ein diesem Urteil entsprechendes Rechtsgebot. Das Urteil konnte nun, je nach der voraufgegangenen Einlassung des Beklagten, entweder ein abschließendes Endurteil oder auch ein Beweisurteil sein und als solches sowohl Beweise anordnen als auch bestimmen, wie das Ergebnis des Beweisverfahrens gewertet werden sollte. In jedem Fall war das einmal gesprochene Urteil unanfechtbar.

Dieses älteste germanische Gerichtsverfahren, welches als "organisierte Selbsthilfe" charakterisiert werden kann [1], entwickelte sich während der fränkischen Zeit zu einem Verfahren, in dem die richterliche Gewalt sich in stärkerem Maße durchsetzte, und in dem mit allmählichem Zunehmen der prozessualen Funktionen des Richters im Laufe der Zeit auch eine sachliche Prüfung des 'Gegenstandes der Schuldigung' durch das Gericht einzusetzen begann [2].

2) Die Gliederung der germanischen Klagenbeschuldigungen

Seit dem 13. Jahrhundert läßt sich aus den zu jener Zeit entstandenen Aufzeichnungen des Prozeßrechts in Rechtsbüchern, Stadt-, Land- und Lehnrechten, insbesondere dem Sachsenspiegel Eikes von Repgow (um 1230), eine Gliederung der Klagenbeschuldigungen in peinliche und bürgerliche Klagen feststellen, die dem germanischen Recht bisher fremd gewesen war. Maßgebend für die Einteilung war der jeweilige Klagezweck, nach welchem sich darüberhinaus auch ein - wenn auch nur grobes - System der bürgerlichen Klagerechte ausbildete. So standen dem Kläger nunmehr verschiedene Möglichkeiten offen, um sich über den Beklagten zu beschweren, wenn er den Richter zur Beseitigung eines erlittenen Unrechts anrufen wollte.

---

1) so Endemann Zivilprozeß S. 26.

2) zu dem germanischen und fränkischen Prozeß im einzelnen: Goldschmidt S. 9 bis 11; Rosenberg Lehrbuch S. 13; v. Bethmann-Hollweg II S. 111 ff; Endemann Zivilprozeß S. 26/27, S. 350/351.

a) klage umme scult

Er konnte einerseits dem Beklagten vorwerfen, daß dieser etwas nicht tue, wozu er verpflichtet sei, beispielsweise ihm - dem Kläger - Geld oder andere Sachen zu übergeben, ihm ein Lehen aufzulassen oder die Gewere zu leisten (auf die im folgenden noch näher eingegangen werden wird) und der Kläger machte auf diese Weise eine sogenannte "klage umme scult" geltend [1].

b) klage uppe gut

Zum anderen konnte er sich mit Hilfe einer "klage uppe gut" darüber beschweren, daß der Beklagte widerrechtlich ein bestimmtes Gut "inne habe", welches ihm - dem Kläger - gehöre oder zukomme, und welches er deshalb inne haben sollte.

c) (peinliche) klage umme ungericht

Schließlich konnte der Kläger eine peinliche "klage umme ungericht" erheben, mit der er den Beklagten beschuldigte, den Frieden an ihm gebrochen zu haben [2].

d) Gemeinsame Bedeutung der verschiedenen "klagen"

Der Beklagte hingegen mußte in jedem Verfahren versuchen, sich gegenüber einem derartigen Klagevorwurf zu rechtfertigen, und gerade auf diese Verteidigung des Beklagten gegen eine von dem Kläger vorgebrachte Beschuldigung legte das germanische Recht das Hauptgewicht eines jeden Prozesses. Wie schon die germanische Charakterisierung der Klage - im Gegensatz zu der römischen actio - erkennen läßt, richtete sich die alte deutsche Streitverhandlung also nicht nach der Durchsetzung eines angeblich dem Kläger zustehenden Rechtes oder Anspruches aus, sondern vielmehr nach dem Verteidigungsinteresse des Beklagten, der bestrebt war, den Klagevorwurf zu entkräften und die in seinem Besitz befindlichen Güter entgegen dem Verlangen des Klägers für sich zu erhalten [3].

---

1) R. Ldr. 6, Planck Gerichtsverfahren S. 359.

2) vgl. Planck Gerichtsverfahren S. 358 bis 362; Heffter S. 138/139; Goldschmidt S. 11; Brunner S. 242 ff; Sohm in DJZ 1908 S. 35.

3) Planck Gerichtsverfahren S. 685, S. 367.

3) Einzelne mit den "Bewährungspunkten" des modernen Streitgegenstandes vergleichbare Regelungen im germanischen Recht

a) Begründung der Prozeßpflicht durch die Klagengewere

Um den Beklagten in dieser Verteidigungsposition wirksam zu schützen, mußte das germanische Prozeßrecht verhindern, daß er nicht mehrfachen Angriffen wegen desselben - vermeintlichen - Unrechts ausgesetzt werden konnte. Diesem Zweck diente die Einrichtung der "Klagengewere". Ehe sich der Beklagte auf eine nähere Verteidigung einließ, konnte er nämlich verlangen, daß der Kläger ihm "um die Klage eine Gewere gelobe", ihm die "Klage gewere" und ihm damit gelobte, außer der jetzt angestellten Klage keine weitere Beschwerde wegen desselben Gegenstandes der Schuldigung zu erheben [1]. Mit der Leistung der Klagengewere, das heißt dem Gelöbnis, die Beschuldigung gegenüber dem Beklagten auf die erhobene Klage zu beschränken und diese Klage zu halten, war die Prozeßpflicht des Klägers begründet und zugleich der Zeitpunkt festgelegt, in dem die Klage als ernstlich und endgültig erhoben galt. Sobald der Kläger die Gewere gelobt hatte, war der Beklagte gegen künftige Angriffe wegen desselben Unrechts - sowohl vor diesem als auch vor anderen Gerichten (Dingen) - gesichert, und zwar galt das nicht nur für die Zeit nach dem Abschluß des schwebenden Verfahrens, sondern ebenso schon während der Rechtshängigkeit der "gewerten" Klage.

b) Bindung des Klägers an die "gewerte" Klage, und Verbot der Änderung einer einmal erhobenen Klagenbeschuldigung

Darüberhinaus hatte der Beklagte im Verlauf des jeweiligen Verfahrens auch keine Abänderung der Klagenbeschuldigung zu befürchten; denn mit der Klagengewere war der Kläger an die Klage in ihrer "gewerten" Form gebunden, so daß er sie weder verändern, noch zu seinem Vorteil verbessern oder auch nur "erniedrigen" durfte [2]. Diese hier aufgezeigten Wirkungen der Klagengewere ergeben sich besonders deutlich aus der Glosse zum Sächsischen Landrecht II, 15 § 1 [3] in folgender Form: "de gewere ist dem beklageden dar to nütte, dat

---

1) Planck Gerichtsverfahren S. 379/380.

2) vgl. dazu Planck Gerichtsverfahren S. 381 ff, S. 328/329; Schmidt Klagänderung S. 102 bis 112.

3) nach der Ausgabe des Sachsenspiegels Augsburg 1516, zitiert bei Planck Gerichtsverfahren S. 381.

dy kleger edder ymant van syner wegen dy klage nicht mer erfordere, edder up dat nye ene nicht mer umme dysolve sake schuldige alse hir; ock is dy gewere dar to nütte, wente, wan dy gewere gelovet is, so mach dy kleger dar na syne klage nicht mer beteren", und außerdem aus dem Weisthum der Magdeburger Schöffen für Görlitz von 1304 VI, 109, sowie aus dem Görlitzer Landrecht [1] 34, § 4, wonach "dy gewere bedeut, daz keyn man seyne clage gebessern nach ergern mag, wider gehoen nach genydirgen" [2].

c) Schutz des Beklagten gegen wiederholte Schuldigung durch die bindende Wirkung des Endurteils

Insgesamt gewährte das germanische Prozeßrecht dem Kläger nur einmal gerichtlichen Schutz zur Verfolgung des ihm vermeintlich zugefügten Unrechts, und der Kläger war daher bei Gefahr der Sachfälligkeit, das heißt des endgültigen Prozeßverlustes, gehalten, ein einmal eingeleitetes Verfahren bis zu seinem Abschluß durchzuführen [3]. Diesen Abschluß eines Prozesses bildete das Endurteil, dem die Bedeutung einer im Namen der Gerichtsversammlung erteilten und für die Beteiligten verbindlichen Auskunft über das bestehende Recht zukam. Infolge der bindenden Wirkung der Entscheidung konnte eine einmal durch Urteil erledigte Frage später nicht wieder zum Gegenstand einer gerichtlichen Verhandlung gemacht werden, und der Gegner, brauchte "auf wiederholte Schuldigung nicht zu antworten", sich also auf ein neues Verfahren nicht mehr einzulassen [4].

II. DIE VERBINDUNG GERMANISCHER UND RÖMISCHER PROZESSELEMENTE ZU EINEM GERMANISCH-ROMANISCHEN MISCHPROZESS

Nicht nur in Deutschland, sondern auch in den langobardischen Städten Oberitaliens war das ältere Prozeßrecht durch germanische Anschauungen geprägt und auf germanischen Verfahrenseinrichtungen aufgebaut, aus denen sich allerdings unter dem ständigen Einfluß des in Italien fortwirkenden römischen Rechts allmählich ein germanisch-romanischer Mischprozeß entwickelte [5].

---

1) bei Homeyer Sachsenspiegel II 2 S. 177 ff.
2) Wasserschleben I 245, zitiert bei Planck Gerichtsverfahren S. 386.
3) Schmidt Lehrbuch S. 47, Klagänderung S. 112.
4) vgl. Planck Gerichtsverfahren S. 303 ff.
5) Rosenberg Lehrbuch S. 14; vgl. dazu Schmidt Klagänderung S. 3 ff.

III. DIE ENTSTEHUNG DES ITALIENISCH-KANONISCHEN PROZESSES UNTER DEM EINFLUSS DER GEISTLICHEN GERICHTSBARKEIT

Dieser wiederum erfuhr etwa seit dem 12., 13. Jahrhundert eine entscheidende Umgestaltung durch die Aufnahme wesentlicher Verfahrensbestandteile und Institute aus der geistlichen kirchlichen Gerichtsbarkeit. Die Kirche dehnte nämlich ihre auf der Grundlage des justinianischen römischen Rechts beruhende, ursprünglich rein geistliche Gerichtsbarkeit sowie ihre Gesetzgebung im Laufe der Zeit auch auf weltliche Angelegenheiten aus, erweiterte damit ihren Geltungsbereich und beeinflußte zugleich die Entwicklung des Prozeßrechts vor den weltlichen Gerichten, so auch das Verfahrensrecht nach den Statuten der oberitalienischen Städte. Auf diese Weise entstand unter dem Einfluß der Praxis weltlicher und geistlicher Gerichte aus einer Verschmelzung des römischen und des germanisch-romanischen oberitalienischen Rechts der italienisch-kanonische Prozeß, der für die weitere Entwicklung des Verfahrensrechts auch in Deutschland entscheidende Bedeutung gewann [1].

IV. DIE GRUNDZÜGE DES KANONISTISCHEN PROZESSRECHTS

Die kanonistische Doktrin, die sich insbesondere auf der Grundlage des "speculum iudiciale" des Durantis (etwa von 1271 an geschrieben) ausbildete, gab dem Prozeß durch genaue Verfahrensvorschriften für Richter und Parteien, sowie durch eine Häufung von Formen, Formalien und Regeln eine streng vorgeschriebene Fassung.

1) Der Aufbau des kanonistischen Verfahrens bis zur Erhebung der actio

Nach dem kanonischen Recht wurde der Prozeß eingeleitet in einem "terminus ad dandum libellum", in welchem der Kläger einen schriftlich abgefaßten "Klaglibell" einreichte und ihn in feierlicher Form in Gegenwart des Richters dem Beklagten übergab, sogenannte "libelli oblatio". Aus dem Klaglibell mußten sich sowohl die "causa", das heißt das factum, als auch die "obligatio inde descendens" ergeben, sowie außerdem die "actio quae ex obligatione tamquam ex matre oritur" [2].

---

1) Rosenberg Lehrbuch S. 14; Goldschmidt S. 12; Endemann Zivilprozeß S. 21 bis 23; Weismann S. 13; Renaud S. 5.

2) Endemann kanonistische Lehre S. 194.

2) Die Bedeutung der actio nach kanonistischer Auffassung

An dieser kanonistischen "Definition' der actio fällt eine grundlegende Veränderung gegenüber der klassischen Auffassung ins Auge: während die römischen actiones als selbstandige "Individuen" angesehen worden waren, nach denen sich das materielle Recht und das Verfahrensrecht ausrichteten, und neben denen der jeweils in ihnen verkörperten obligatio nur eine untergeordnete Bedeutung zukam, trat in der kanonistischen Lehre die obligatio in den Vordergrund der Betrachtungsweise, und sie ließ zum Zwecke der gerichtlichen Verfolgung erst die actio - als eine ihr gleichsam latent innewohnende Eigenschaft - zur Entstehung kommen und nach außen hervortreten. Mit diesem neuen Verständnis der actio in ihrem Verhältnis zu der obligatio bahnte sich eine Trennung zwischen dem materiell-rechtlichen und dem prozeß-rechtlichen Denken an, die dem römischen Recht im Bereich der actiones fremd gewesen war. Die actiones gewannen jetzt eine eigenständige stärker prozessuale Bedeutung und lösten sich von den materiell-rechtlichen obligationes, mit denen sie früher gewissermaßen ein einheitlich Ganzes gebildet hatten. Wenn auch in dem Rechtsbewußtsein der kanonistischen Lehre jede actio noch als mit einem bestimmten materiellen Recht verknüpft angesehen wurde und insofern weiterhin einen spezifisch eigenen, materiell-rechtlich geprägten Charakter aufwies, so waren die actiones doch nicht mehr wie im römischen Recht ein selbstverständlicher Bestandteil sowohl des Prozeßrechts als auch gleichzeitig der materiellen Rechtsordnung, welche gerade durch sie, die actiones, verwirklicht worden war. Obwohl sich also die actiones nunmehr aus dem materiellen Rechtsbereich zu lösen begannen, ließ sich doch jede einzelne von ihnen weiterhin individuell von allen übrigen Klagen abgrenzen und wurde infolgedessen auch noch durch ihren eigenen juristischen Namen charakterisiert. Diesen juristischen Namen einer actio brauchte zwar der Klaglibell nicht zu enthalten, doch stimmten die Prozessualisten darin überein, daß sich aus der Klageschrift ergeben mußte, aus welchem rechtlichen Gesichtspunkt, also "qua actione" [1] - der Kläger sein Verlangen motivierte, auf welchen Satz des römischen Rechts er seinen Anspruch stützen wollte. Das gesamte System der römischen actiones blieb folglich trotz der veränderten Auffassung vom Wesen der einzelnen actio auch für das kanonische Prozeßrecht kennzeichnend.

---

1) Schmidt Klageänderung S. 58.

3) Der weitere Verfahrensverlauf nach Erhebung der actio

Mit der Einlassung des Beklagten auf den in dem Klaglibell geltend gemachten Anspruch kam - nach römischem Vorbild - die "litis contestatio" zustande, und es lag von diesem Zeitpunkt an formell fest, über welche Rechtsfrage, welche actio, verhandelt und entschieden werden sollte. Nachdem der Streit in der Form der litis contestatio offiziell begründet war, wickelte sich das weitere Verfahren in einer Vielzahl von Terminen nach einem streng einzuhaltenden Reihenfolgeprinzip bis zu der Urteilsverkündung ab.

Im Verlaufe der späteren Entwicklung führten die kanonistische Aufgliederung aller Prozeßvorgänge in Einzelabschnitte und Termine und die damit notwendigerweise verbundene lange Dauer eines jeden Prozesses zur Einführung der Schriftlichkeit des Verfahrens, die in dem Grundsatz "quod non est in actis non est in mundo" ihren Ausdruck fand [1].

Damit war der unmittelbare Kontakt zwischen den Parteien und dem Richter beziehungsweise der Gerichtsversammlung, der sowohl das klassische römische als auch das alte germanische Prozeßrecht mit ihren mündlichen öffentlichen Verhandlungen beherrscht hatte, zerstört; und das Verfahren, welches sich früher gleichsam unmittelbar zwischen den Parteien vollzogen hatte, war nunmehr einem unpersönlichen formalisierten Gerichtsgang gewichen.

V. DIE REZEPTION DES RÖMISCHEN UND ITALIENISCH-KANONISTISCHEN RECHTS IN DEUTSCHLAND

1) Die allgemeine Rechtsentwicklung im Zeitalter der Rezeption

Das kanonistische Prozeßverfahren setzte sich ebenso wie in Italien so auch in Deutschland als gesetzliches Recht der Kirche für ihren Geltungsbereich und das von ihr beherrschte Gebiet durch, und es übte darüberhinaus infolge der starken Stellung der Kirche im Mittelalter seinen Einfluß auch auf das germanisch-deutsche Verfahren vor den weltlichen Gerichten aus; insbesondere öffnete es den Blick für die mit ihm eindringenden romanischen Rechtsideen, die der deut-

---

1) Endemann kanonistische Lehre S. 179 ff; Endemann Zivilprozeß S. 348/349; Schmidt Klagänderung S. 24 ff, S. 39 ff, S. 79 ff; Schmidt Lehrbuch S. 61/62; Goldschmidt S. 12/13; Rosenberg Lehrbuch S. 14/15.

schen Rechtsanschauung bisher fremd gewesen waren. Infolgedessen waren die deutschen Prozessualisten, als sie durch vielfache politische und soziale Beziehungen zwischen Deutschland und Italien mit dem weltlichen italienischen Prozeßrecht in Berührung kamen, für dieses auf der Grundlage des Corpus Iuris fortentwickelte Verfahrensrecht in besonderem Maße aufgeschlossen, und jene Aufgeschlossenheit förderte die seit dem 14., 15. Jahrhundert einsetzende Rezeption des römischen Rechts in Deutschland. Durch die Rezeption wurde das im Corpus Iuris kodifizierte römische Recht in den deutschen Gerichtsgebrauch übernommen, allerdings nicht in seiner ursprünglichen ihm von Justinian gegebenen Form, sondern in der Gestalt und mit den Ergebnissen, die es durch die Glossatoren- und Kommentatorenlehre in Italien erhalten hatte. In dieser Form breitete sich das römische Recht neben dem schon durch die kirchliche Gerichtsbarkeit eingeführten italienisch-kanonischen Prozeßrecht in den deutschen Territorien aus. Im Laufe der weiteren Entwicklung beeinflußten sich die fremden Rechte gegenseitig, einzelne Neuerungen aus dem kanonischen Prozeß gingen in das römischrechtliche Verfahren über, und allmählich setzte sich im Verhältnis der beiden Rechtsordnungen zueinander die Auffassung durch, daß das kanonische Recht als das jüngere, neuere den Vorzug vor dem römischen Recht verdiene [1].

2) Die Übernahme der römisch-kanonistischen actiones in das deutsche Prozeßrecht

Mit der Rezeption der fremden Rechte trafen unter anderem die römischen actiones auf die germanischen Klagerechte, die über eine Gliederung der Klagen um Schuld, auf Gut und um Ungerichte (sowie gewisse gemischte Klagen) nicht hinausgelangt waren und keine feinere juristische Ausbildung erreicht hatten. Obwohl nun das römische und das germanische Klagensystem in ihrem Ansatzpunkt und ihrer Anlage grundverschieden waren, vermochte doch das deutsche Prozeßrecht dem durch seine Vielfalt und seine Klarheit bestechenden römischen System nicht zu widerstehen, zumal sich das Mittelalter offensichtlich des Gegensatzes nicht bewußt war, der die römische actio als die Waffe, mit deren Hilfe man vor Gericht sein Recht zu erzwingen versuchte, von der germanisch-deutschen Klagenbeschuldigung und dem mit ihr eng verbundenen, das gesamte Verfahren bestimmenden Verteidigungsrecht des Beklagten trennte. So wurden im Zuge der Rezeption auch die römischen actiones in das deutsche Recht übernommen, und wie im Bereich der kirchlichen Gerichtsbarkeit verbreitete sich

1) Wetzell S. 3/4; v. Stintzing-Landsberg I S. 37; Planck Lehrbuch S. 3 bis 5; Rosenberg Lehrbuch S. 15; Weismann S. 13; Schmidt Lehrbuch S. 68; Renaud S. 5; Dernburg Pandekten S. 23.

auch für das Verfahren vor den weltlichen Gerichten das römische Aktionensystem mit seiner strengen Ordnung und vielfaltigen Typisierung der einzelnen Rechtsbegriffe. Allerdings wurden die actiones nicht in der klassischen römischen, sondern in einer abgewandelten Bedeutung rezipiert, welche schon für die actiones des italienisch-kanonischen Prozeßrechts nachzuweisen ist (vgl. oben S. 36/37). In dieser Umdeutung galt die in den deutschen Gerichtsgebrauch eingeführte actio als das "zur Verfolgung gerüstete subjektive Recht", als "das Recht des Subjekts, formuliert als Grund seines gerichtlichen Begehrens - oder auch - in der zur gerichtlichen Durchführung geeigneten Gestalt" [1].

Eine wesentliche praktische Bedeutung gewannen die actiones in Deutschland zunächst in dem Verfahren vor dem im Jahre 1495 errichteten Reichskammergericht, da die Kammergerichtsordnung von 1495 sowie eine Reihe weiterer Kammergerichtsordnungen und Reichsabschiede das rezipierte fremde Recht als gesetzliches Verfahrensrecht für den Proezß vor dem neuen obersten Reichsgericht einführten. Das Kammergerichtsverfahren wurde bald zum Vorbild für den Prozeßverlauf an anderen, unteren Gerichten und wirkte damit gestaltend und richtungsweisend auf das Prozeßrecht in den verschiedenen deutschen Territorien ein [2].

3) Die Gegenströmungen des sächsischen Prozeßrechts und ihre Auswirkungen auf den Jüngsten Reichsabschied im Jahre 1654

In den Territorien des sächsischen Rechtsgebietes jedoch vermochte sich der Einfluß des rezipierten römischen und kanonischen Prozeßrechtes nicht durchzusetzen; denn das noch auf den Sachsenspiegel zurückgehende, streng eigenständig fortgebildete sächsische Recht setzte dem eindringenden italienischen Recht zähen Widerstand entgegen. Der sächsische Prozeß unterschied sich von dem rezipierten fremden Verfahren unter anderem dadurch, daß er dem Kläger die Pflicht auferlegte, in der Klageschrift eine zusammenhängende, alle klagebegründenden Tatsachen enthaltende Geschichtserzählung vorzunehmen, auf die der Beklagte in seiner Einlassung in allen Einzelheiten "speziell" zu antworten hatte (sogenannte spezielle Litiskontestation oder Kriegsbefestigung); außerdem

---

1) v. Stintzing-Landsberg I S. 42/43; vgl. auch Heffter S. 139; Planck Gerichtsverfahren S. 685.

2) Renaud S. 5/6; Endemann Zivilprozeß S. 28/29; Wetzell S. 4 bis 6; Rosenberg Lehrbuch S. 15; Goldschmidt S. 14; - zu den Kompetenzen und der Bedeutung des Reichskammergerichts vgl. v. Stintzing-Landsberg I S. 478/479.

hatte das sächsische Verfahren das alte germanische Prinzip der Beweistrennung beibehalten, so daß nach dem sächsischen Recht der Prozeß durch ein selbständig anfechtbares Beweisurteil in zwei Verfahrensabschnitte geteilt wurde, und zwar den der Behauptungen und den der Beweise [1].

Die sächsische Gerichtsübung und Literatur genossen auch außerhalb des sächsischen Rechtsbereiches ein hohes Ansehen, welches unter dem Einfluß der prozessualen Schriften Benedikts von Carpzov im 17. Jahrhundert noch in besonderem Maße zunahm. Da der sächsische Prozeß auf Grund seines zweckmäßigen Aufbaues die Weitläufigkeit und den schleppenden Prozeßgang des rezipierten italienischen Verfahrens vermied, griff der Jüngste Reichsabschied im Jahre 1654 auf dieses sächsische Verfahrensrecht zurück, um mit seiner Hilfe den kammergerichtlichen Prozeß zu reformieren und zu beschleunigen. Der Jüngste Reichsabschied bestimmte unter anderem (in § 34), daß "... ein jeder Kläger ... seine Klag oder Libell ... allein summarischer Weise" übergeben sollte, "darinnen das Factum kurz und nervose, jedoch deutlich, distincte und klar, auch da ihm beliebt, oder der Sachen-Weitlaufigkeit und Umstande es erforderten, Punkten-Weise verfaßt und ausgeführt sei ..." [2]. damit führte der Jüngste Reichsabschied im Grunde die sächsische Form der Klageschrift ein, auf die sich der Beklagte speziell einlassen mußte, derart, daß er gehalten war "kurz, nervose und deutlich, auch unterschiedlich und klar, ob und worin das Factum anders als vom Kläger vorgebracht, und wie es sich eigentlich verhalte, specifice und auf jeden Punkt mit allen seinen Umständen anzuzeigen" [3].

---

1) Rosenberg Lehrbuch S. 15/16; Goldschmidt S. 14; Schmidt Lehrbuch S. 70/71.

2) zitiert bei Schmid S. 101.

3) zitiert bei Schmid S. 45.

3. KAPITEL

DAS GEMEINE DEUTSCHE ZIVILPROZESSRECHT

Auf der Grundlage dieses 1654 reformierten Verfahrens und in weiterer standiger Berührung mit dem sächsischen Recht entwickelte sich in der Folgezeit der sogenannte "gemeine deutsche Prozeß", der während der folgenden beiden Jahrhunderte neben den partikularen Verfahrensformen in ganz Deutschland als subsidiäres Recht zur Geltung kam [1].

I. DER AUFBAU DES GEMEINEN PROZESSES

Der gemeine deutsche Prozeß setzte sich - nach dem germanisch-sächsischen Prinzip der Beweistrennung - aus zwei Verfahrensabschnitten zusammen, dem sogenannten "ersten Verfahren" und dem "Beweisverfahren", die durch ein selbständig anfechtbares und der Rechtskraft fähiges Zwischenerkenntnis, das Beweisinterlokut, voneinander getrennt waren. Während das erste Verfahren der Feststellung der streitigen Behauptungen und Gegenbehauptungen, Ansprüche und Gegenansprüche und ihrer Grundlagen diente, umfaßte das Beweisverfahren sowohl die Beweisantretung als auch die Beweisführung sowie etwaige Beweiseinreden der Beteiligten. Innerhalb der beiden Verfahrensstadien reihten sich die einzelnen Handlungen der Parteien, jeweils als Angriff und Verteidigung, Behauptung und Gegenbehauptung aufeinander bezogen, gliederweise aneinander an. Das Verfahren wurde schriftlich und nicht öffentlich nach der Verhandlungsmaxime durchgeführt. Es begann mit der Einreichung der Klageschrift, die zugleich das erste Verfahren einleitete und bereits alle Klagebehauptungen in substantiierter Form enthalten mußte. Auf die Behauptungen mußte der Beklagte in einer Klagebeantwortungsschrift "speziell" in allen Einzelheiten eingehen; soweit er sich dabei zu den Tatumständen äußerte, auf welche der Kläger seine Klage gründete, soweit er sich also gegenüber dem tatsächlichen Fundament der Klage und damit gegenüber der faktischen Grundlage des Prozesses verteidigte, galt diese - auf rein tatsachliche Erklärungen beschränkte - Einlassung nunmehr als "Litiskontestation" (oder Kriegsbefestigung). Mit dieser Litiskontestation wurden in der Klagebeantwortungsschrift sogleich die beabsichtigten Einreden und Einwände verbunden; denn nach der das Verfahren bestimmenden Eventual-

1) Gönner S. 76 bis 89; Schmidt Lehrbuch S. 74; Schmidt Klaganderung S. 125/126; Planck Lehrbuch I S. 6/7; Goldschmidt S. 14/15; Rosenberg Lehrbuch S. 16; Planck Lehrbuch II S. 22; v. Stintzing-Landsberg II S. 94/95.

maxime war der Beklagte gehalten, sofort im ersten Verfahren sowohl seine speziellen Erklarungen auf die tatsachlichen Behauptungen der Klageschrift als auch sämtliche Verteidigungsmittel, deren er sich - wenn auch nur unter bestimmten Umständen - bedienen wollte, gleichzeitig anzugeben.

War der Streit nach dem ersten Verfahren bereits zur Entscheidung reif, so erging das "erste Urteil" sogleich als Endentscheidung; andernfalls wurde als "erstes Urteil" ein Beweisinterlokut erlassen, welches das Verfahren in das Beweisstadium überleitete, die beweisbedürftigen Tatsachen angab sowie die Beweislast regelte. Nach der Beweisaufnahme und den Erklärungen der Parteien zu den verschiedenen Beweisergebnissen fand das Verfahren seinen Abschluß mit dem Erlaß des Definitiv-Urteils [1].

II. DIE BEDEUTUNG UND GLIEDERUNG DER ACTIONES IM GEMEINEN RECHT

Solange nun das gemeine Recht galt, war man gewöhnt, weiterhin in den Begriffen des römischen Aktionenrechts zu denken. Jeder, der klagen wollte, mußte in der Lage sein, sein (Klage-) Vorbringen auf eine actio zu stützen, und infolgedessen mußte jede bei einem Gericht eingereichte Klage durch ihre Fassung und ihren Inhalt erkennen lassen, daß sie einem der anerkannten Klagetypen entsprach und sich aus einer der rechtmäßigen Quellen - des römisch-kanonischen Rechts, des Gewohnheitsrechts oder auch der natürlichen Billigkeit - herleiten ließ. Erfüllte eine Klageschrift diese Bedingungen nicht, so "fand eine Klage nicht statt" [2]. In Anlehnung an das Vorbild des römischen und kanonischen Rechts gliederte das gemeine Recht die actiones insgesamt in verschiedene Klagegattungen auf, so beispielsweise in universale, generale und singulare Klagen, in bestimmte und unbestimmte (certae und incertae), in Klagen wegen des Besitzes, des dinglichen Rechts und der persönlichen Verbindlichkeiten und andere mehr [3]. Innerhalb dieser verschiedenen Gliederungsgruppen hatten sich jedoch im Laufe der Entwicklung sowohl durch gewohnheitsrechtliche Übung als auch aus Billigkeitserwägungen heraus die einzelnen

---

1) vgl. Endemann Zivilprozeß S. 399 ff, 412/413; Osterloh II S. 3 ff, S. 40 ff; Renaud S. 180 ff, S. 595 ff; Claproth II S. 73 ff, S. 137 ff; Reinhardt I S. 29/30, S. 193 ff; Schmid S. 44/45, S. 120/121; Rosenberg Lehrbuch S. 16.

2) Claproth II S. 9; vgl. Schmid S. 33; Mittermaier S. 312; Wetzell S. 115; Nikisch Streitgegenstand S. 43.

3) vgl. im einzelnen Claproth II S. 12 bis 48.

Klagetypen und actiones ständig vermehrt, zumal das deutsche Recht nicht durch die für das klassische römische Recht charakteristische Formenstrenge gebunden und insofern in der Bildung und Anerkennung neuer actiones nicht beschränkt war. Nachdem auf diese Weise die Anzahl der rechtlich anerkannten actiones gegenüber jener des alten römischen Rechts schon wesentlich zugenommen hatte, setzte sich in der Lehre des gemeinen Prozeßrechts in steigendem Maße die Auffassung durch, daß jedes vom Staat als vollwirksam anerkannte Recht, jede aus dem objektiven Recht nachzuweisende Privatbefugnis auch eine actio hervorbringen mußte (abgesehen von gewissen nach positivem Recht beschränkten, unklagbaren Rechten - so den naturales obligationes), und man ging daher während der Geltung des gemeinen Rechts im allgemeinen davon aus, daß derjenige, der ein subjektives Recht hatte, auch befugt war, es im Klagewege mit Hilfe einer actio durchzusetzen [1]. Diese gemeinrechtliche Anschauung knüpfte, wie nicht mehr näher dargelegt zu werden braucht, an die Entwicklung an, die das Aktionendenken in der kanonistischen Rechtsperiode erfahren hatte; denn bereits während jener Zeit hatte sich das frühere römische Verhältnis zwischen der actio und dem in ihr verkörperten subjektiven Recht gewandelt, und die obligationes waren stärker als eigenständige, dem Bereich des materiellen Rechts angehörende Grundlage der einzelnen actiones empfunden worden (vgl. oben S. 36 bis 38). Infolge jener durch die kanonistische Doktrin eingeführten neuen Bedeutung der actio galt auch für das Rechtsbewußtsein der gemeinen Lehre "das Recht als das Prius", "die Klage als das Spätere", "das Recht als das Erzeugende und die Klage als das Erzeugte" [2].

---

1) vgl. Claproth I S. 269, S. 271; II S. 8 ff; Martin S. 151/152; Heffter S. 139/140; Dernburg Pandekten S. 302; Wächter S. 414, S. 446/447 - wenn Wächter auch, wie der Titel seines Werkes angibt, das in Württemberg geltende Recht, also ein partikulares Recht, darstellen wollte, so beanspruchen seine Darlegungen doch weitgehend Gültigkeit für das den partikularen Rechtsordnungen gegenüberstehende, in ganz Deutschland einheitlich, allerdings subsidiär geltende, gemeine Recht. Dies ergibt sich einerseits aus Wächters Erörterungen im einzelnen und seinen ausdrücklichen Hinweisen auf das gemeine Recht - zum Beispiel auf S. 446 Anm. 17 - andererseits aus seinen vielfachen Verweisungen auf allgemeine gemeinrechtliche Werke; darüberhinaus spricht dafür auch die Tatsache, daß eine nicht unerhebliche Anzahl von Autoren gemeinrechtlicher Werke sich mit den Ansichten Wächters auseinandersetzt und auf seine Ausführungen als auf allgemeine gemeinrechtliche Lehren verweist. Vgl. auch Enneccerus-Kipp-Wolff Allgemeiner Teil bearbeitet von Enneccerus, 9. Bearbeitung 1923, S. 48 Anm. 7, wo Bezug genommen wird auf "Wächter in seinem das gemeine Recht mit darstellenden Württembergischen Privatrecht".

2) Windscheid actio S. 3.

Insoweit waren sich die damaligen Prozessualisten einig; darüberhinaus aber gingen die Meinungen über das Verhaltnis der actio zu dem mit ihr verfolgten materiellen Recht auseinander, und zwar wurden im wesentlichen zwei Richtungen vertreten: Auf der einen Seite sah man die actio als ein "Annexum des Rechts" an, als einen "Zusatz zu seinem Inhalt", also als "etwas neu und äußerlich zu dem Recht Hinzukommendes", welches "aus der besonderen Tatsache der Störung des Rechts" entsprang [1]; auf der anderen Seite wurde die actio als "das Recht selbst in seiner Betätigung gegen den widersprechenden Willen Anderer" [2], als "das Privatrecht selbst, und zwar in einem notleidenden Zustand" [3] aufgefaßt oder auch als "die besondere Gestalt, die ein Recht infolge seiner Verletzung erhielt" [4]. Die letztere Ansicht kann als die zu ihrer Zeit wohl herrschende bezeichnet werden [5], und sie soll deshalb - im Interesse einer einheitlichen Darstellung - den folgenden Erörterungen zugrundegelegt werden, obgleich die Abweichungen dieser Auffassung gegenüber der zunächst erwähnten, von Puchta und Arndts vertretenen Meinung für die mit dem Streitgegenstand zusammenhängenden Probleme unerheblich sind und auf die Bedeutung und Entwicklung des Streitgegenstandes keinen Einfluß ausüben.

III. DIE "BEWÄHRUNGSPUNKTE" DES MODERNEN STREITGEGENSTANDES IM GEMEINEN RECHT

1) Klageänderung

Zu den Hauptansatzpunkten für die Lösung des Streitgegenstands-Problems gehört das Klageänderungsverbot, auf dessen Handhabung in der Lehre des gemeinen Rechts im folgenden als erstes eingegangen werden soll.

---

1) Puchta S. 116; Arndts S. 134; Zitate bei Förster S. 238.
2) Förster S. 238.
3) zitiert bei Habscheid S. 27.
4) v. Savigny zitiert bei Nikisch Streitgegenstand S. 43; dem Sinn nach ähnlich vgl. Dernburg Pandekten S. 302; Bruns S. 427.
5) Förster S. 238/239.

a) Einführung in das gemeinrechtliche Klageänderungssystem

Für die noch durchaus aktionenrechtlich denkenden Prozessualisten des gemeinen Rechts bedeutete jede Klageänderung - zunächst unbestimmt ausgedrückt - eine Änderung einer actio. Da die actiones allerdings nicht mehr an vorgeschriebene feststehende Formeln gebunden waren, ließ im Gegensatz zu dem klassischen römischen Recht auch nicht jede äußerliche Veränderung einer Klageschrift ohne weiteres mehr auf eine inhaltliche "Klageänderung" schließen, so wie sich die verschiedenen actiones ohnehin nicht mehr nach ihrer äußeren Form und Formulierung eindeutig voneinander abhoben. Inhaltlich hatten jedoch sämtliche actiones ihre Individualität bewahrt, da sich jede einzelne actio als ein besonderes materielles Recht "in seiner Betätigung gegen den widersprechenden Willen Anderer" darstellte.

In das Prozeßverfahren wurden die actiones in der Form eines schriftlichen Klaglibells eingeführt, und der Klaglibell kann daher als die prozessuale Gestalt oder auch die prozessuale Erscheinungsform der actio beurteilt werden. Während sich nun jede Wesens- und Inhaltsänderung einer actio notwendigerweise in ihrer prozessualen Erscheinungsform, also in dem Klaglibell, wiederspiegeln mußte, brauchte doch auf der anderen Seite nicht jede Veränderung des Klaglibells zugleich auf eine Klageänderung hinzudeuten[1]. Denn die gemeinrechtliche Lehre ließ - als Zugeständnis an die größere Formfreiheit sowohl des Verfahrens insgesamt als auch der actiones im besonderen - bloße äußerliche Abänderungen einzelner, meist zufälliger Merkmale der Klageschrift jederzeit zu, ohne sie als Klageänderungen aufzufassen.

b) Emendationes, declarationes und mutationes

So galten die sogenannten "emendationes", das heißt Verbesserungen und Berichtigungen jeder Art, beispielsweise Berichtigungen von Schreibfehlern, Berechnungen oder Benennungen, auch Berichtigungen der tatsächlichen Angaben, ebensowenig als Klageänderung wie die "declarationes", also Erläuterungen oder Erklärungen früherer Vorträge, zu denen unter anderem die genauere Bezeichnung der Parteien und des streitigen Objekts, die nähere Begründung der Competenz, eine Motivierung der Prozeßart, eine bestimmtere Hervorhebung der klagebegründenden Tatsachen und ähnliche Klarstellungen gerechnet wur-

den [1]. Den emendationes und declarationes standen als wirkliche Klageänderungen die sogenannten "mutationes" gegenüber, die in der Veränderung wesentlicher Bestandteile eines Klaglibells zum Ausdruck kamen. Diese wesentlichen Bestandteile, auf denen die Individualität jedes Klaglibells als der prozessualen Erscheinungsform einer bestimmten actio beruhte, waren auf der einen Seite das fundamentum agendi oder der Klagegrund, auf der anderen Seite das petitum, die sogenannte Klagbitte. Sowohl das fundamentum agendi als auch das petitum setzten sich wiederum aus jeweils zwei Bestandteilen zusammen, und zwar bestand der Klagegrund aus dem fundamentum agendi proximum, das heißt dem tatsächlichen oder historischen Fundament der Klage oder auch der Geschichtserzählung, und aus dem fundamentum agendi remotum oder dem Rechts(klage-)grund, dessen ausdrücklicher Benennung es allerdings nur bei zweifelhaften Rechtsfragen bedurfte, während in der Regel schon eine stillschweigende Bezugnahme auf einen bestimmten Rechtssatz für ausreichend erachtet wurde. Die Klagbitte enthielt außer dem petitum processus, dem auf Einleitung des Prozesses gerichteten sogenannten Prozeßgesuch, noch das petitum causae oder das Sachgesuch, welches den Antrag auf Verurteilung des Beklagten in eine bestimmte Leistung oder Unterlassung wiedergab [2]. Das Sachgesuch rechtfertigte sich jeweils als die Konsequenz einer Subsumtion der tatsächlichen Angaben, des fundamentum agendi proximum, unter den Rechtsgrund, also das fundamentum agendi remotum [3].

In der Literatur des gemeinen Prozeßrechts wurden nun übereinstimmend sowohl Veränderungen des fundamentum agendi als auch solche des petitum in gleicher

---

1) vgl. Gönner S. 427 bis 429; S. 433/434; Heffter S. 440 bis 442; Reinhardt I S. 238 unter a); Schmid S. 118/119; Osterloh II S. 89/90;
Um einen Fall nachträglicher Berichtigung handelt es sich trotz der "Erhöhung des Streitobjekts" in dem von Osterloh auf S. 90 angeführten Beispiel: "Sogar nachträgliche Erhöhung des Streitobjekts wird bis zur Rechtskraft des ersten Erkenntnisses gestattet, wenn aus dem Klagevorbringen selbst hervorgeht, daß der Beklagte mehr schulde, und daß es sich mithin nur um einen Rechnungsfehler handelt."

2) Es soll hier der Klarheit wegen von den Leistungsklagen als der häufigsten Klageart ausgegangen werden.

3) vgl. Endemann Zivilprozeß S. 615, S. 618 bis 623; Osterloh II S. 14 bis 19; Martin S. 153/154, S. 266 bis 269; Renaud S. 205 bis 208; Schmid S. 4 bis 14; Claproth II S. 49 bis 51.

Weise als Klageänderungen, mutationes, behandelt [1], und es ist daraus zu entnehmen, daß die beiden genannten Bestandteile gemeinsam und gleichwertig den Klaglibell in seiner individuellen Eigenart charakterisierten und demzufolge auch unverändert als Ganzes erhalten bleiben mußten, wenn die Individualität des Klaglibells nicht zerstört und die Klage nicht geändert werden sollte.

c) Wechselseitige Beziehungen zwischen der Gestaltung der mutationes und den Eigenarten der actiones

Dieser Klageänderungsgrundsatz weist auf die hinter dem Klaglibell stehenden, durch ihn gerichtlich geltend gemachten actiones hin, deren Hauptmerkmalen der Libell in seinen wesentlichen Bestandteilen entsprach. Jede actio als besonderes materielles Recht "in seiner Betätigung gegen den Willen Anderer" setzte sich nämlich aus zwei Hauptteilen zusammen, und zwar dem "Grund der Klage" einerseits und dem "Gegenstand der Klage" andererseits. Den Grund der Klage bildete das jeweilige subjektive Recht, mit dem sie verknüpft war; als Gegenstand der Klage wurde der Zweck aufgefaßt, den der Kläger durch die actio verfolgte. Grund und Gegenstand der Klage wurden verbunden durch eine besondere "Veranlassung", die im allgemeinen in einer Verletzung des subjektiven Rechts (des Grundes der Klage) bestand, und kraft deren erst von einer "actio nata" gesprochen werden konnte. Da der actio also in der Regel die Verletzung eines subjektiven Rechts zugrundelag, war der Gegenstand der Klage normalerweise auf Beseitigung dieser die "Veranlassung" bildenden Rechtsverletzung gerichtet oder auch auf eine besonders geartete Anerkennung des streitigen subjektiven Rechts, welche dann die Pflicht des Beklagten zu einem bestimmten Verhalten nach sich zog [2].

Zum Zwecke der Durchführung des gerichtlichen Verfahrens erhielten sowohl der Grund als auch der Gegenstand der Klage in den wesentlichen Bestandteilen des Klaglibells ihre prozessuale Ausdrucksform. Der Grund der Klage wurde

---

1) zu den Änderungen des Klagegrundes, insbesondere des historischen Fundaments vgl. Endemann Zivilprozeß S. 627/628; Gönner S. 428 bis 433; v. Linde S. 258/259; Wetzell S. 957; Schmid S. 118/119; Osterloh II S. 89/90; Claproth II S. 105; Heffter S. 440 bis 442; zu den Änderungen der Klagbitte vgl. außer den Genannten noch: Endemann Zivilprozeß S. 627 und S. 627 Anm. 7); Wetzell S. 956; Reinhardt I S. 237 bis 239.

2) Puchta S. 116; vgl. auch Wächter S. 420/421; aus etwas anderer Sicht: Henckel S. 20.

umschrieben in dem fundamentum agendi, in welchem er durch tatsachliche Angaben belegt und somit zugleich juristisch eingeordnet wurde; in dem petitum hingegen, und zwar dem petitum causae (dem Sachgesuch) äußerte sich die actio in ihrem Gegenstand, der sich allerdings wiederum erst aus dem Grund der Klage herleitete; denn das Sachgesuch war auf die Durchsetzung gerade dieses in dem fundamentum agendi dargelegten subjektiven Rechts gerichtet. Während sich also das fundamentum agendi und der Grund der Klage, das petitum causae und der Gegenstand der Klage jeweils aufeinander bezogen und voneinander abhingen, blieb das petitum processus auf den Klaglibell beschränkt und fand als rein prozessuales Gesuch - logischerweise - in der materiell-rechtlich geprägten actio keine Entsprechung.

Nachdem damit das Verhältnis zwischen der actio und dem Klaglibell in ihren einzelnen Merkmalen aufgezeigt und klargestellt worden ist, gewinnt das Klageänderungsprinzip auf dieser Grundlage seine innere Rechtfertigung, und der Grundsatz, zur Vermeidung von mutationes weder Änderungen des fundamentum agendi noch solche des petitum zuzulassen, läßt sich nunmehr auf das Wesen der in dem Klaglibell verkörperten, zweigliedrig zusammengesetzten actiones zurückführen. Da nämlich jede actio ihre Eigenart aus der Verbindung zwischen dem Grund und dem Gegenstand der Klage herleitete, mußten diese beiden Bestandteile in ihrem Verhältnis zueinander unverändert erhalten bleiben, damit die actio ihre Individualität und Identität bewahrte. Infolgedessen durfte auch in dem Klaglibell weder das fundamentum agendi als die prozessuale Gestalt des Grundes der Klage noch das petitum als Ausdrucksform des Gegenstandes der Klage eine Änderung erfahren; denn eine derartige Änderung wäre nur das äußere Anzeichen beziehungsweise die Konsequenz einer inhaltlichen Veränderung des Grundes oder des Gegenstandes der zugrundeliegenden actio gewesen. Jede Veränderung eines dieser beiden aufeinander abgestimmten Hauptmerkmale der Klage bewirkte aber eine Änderung in dem Wesen der actio und damit eine "mutatio", die sich, sofern sie auf einer Veränderung des Grundes der Klage beruhte, in dem fundamentum agendi niederschlug, andernfalls in einer Veränderung des petitum als der prozessualen Erscheinungsform des Gegenstandes der Klage.

d) Anwendung des Mutationsprinzips im Einzelfall

Wie aus dieser Gegenüberstellung des Klaglibells und der actiones hervorgeht, rechtfertigte sich der Klageänderungsgrundsatz in vollem Umfang aus der Eigenart der actiones, und seine Auswirkungen auf die wesentlichen Merkmale des Klaglibells standen - im Prinzip - eindeutig fest. Dennoch war die Anwendung des Grundsatzes im Einzelfall nicht selten mit Schwierigkeiten verbunden, zu-

mal ein starrer Formalismus vermieden werden sollte und bloße Erläuterungen und Erklärungen auch des fundamentum agendi und des petitum nicht als Klageänderungen gewertet wurden. Zur Abgrenzung der emendationes und insbesondere der declarationes von den mutationes mußte mithin häufig die Frage entschieden werden, ob nur eine rein äußerliche Klarstellung, ein erläuternder Nachtrag, oder aber eine wesentliche inhaltliche Veränderung eines Klaglibells vorlag. Zur Lösung derartiger Unklarheiten führte die gemeinrechtliche Lehre ein Kriterium ein, welches wiederum auf das dem Klageänderungsrecht zugrundeliegende Aktionendenken hindeutet: Man stellte die Entscheidung auf die Verteidigungslage des Beklagten ab - hier vermischte sich ein Element aus germanischer Wurzel mit der römischrechtlichen Einrichtung der actiones - und als leitender Gesichtspunkt für die Unterscheidung zwischen emendationes beziehungsweise declarationes und mutationes galt die Überlegung, ob gegenüber den veränderten Angaben des Klaglibells noch eine ausreichende, im wesentlichen gleichbleibende Verteidigung des Beklagten möglich war oder nicht. Rief ein verändertes Vorbringen des Klägers auch eine neue, von der bisher vorgesehenen abweichende Verteidigung des Beklagten hervor, so wurde dies als Zeichen für eine mutatio angesehen [1].

Um den inneren Grund dieser Orientierung des Klageänderungsprinzips nach der jeweiligen Verteidigungssituation des Beklagten zu verdeutlichen, ist an dieser Stelle die für das gemeine Recht kennzeichnende enge Anlehnung der Verteidigung an die sie auslösende actio hervorzuheben: Die Verteidigung des Beklagten trug in jedem Fall den charakteristischen Eigenarten der actio, gegen welche sie sich richtete, Rechnung und war gerade auf diese spezielle actio zugeschnitten; folglich entsprach auch jeder einzelnen actio in ihrer Individualität eine entsprechende individuelle Verteidigungsform, die in allen Einzelheiten den Eigentümlichkeiten der actio angepaßt und auf sie abgestimmt war [2]. Wenn sich nun auf Grund einer Veränderung des Klagevorbringens für den Beklagten die Notwendigkeit ergab, seine Einlassung abzuändern, so war - aus der soeben aufgezeigten Bindung und Wechselwirkung zwischen actio und Verteidigung heraus - auch der Rückschluß auf eine mutatio des Klagevorbringens gerechtfertigt; sowie nämlich die bisherige Verteidigung den Inhalt des Klaglibells nicht mehr in vollem Umfang erfaßte, mußte notwendigerweise zuvor die in dem Libell geltend gemachte actio in wesentlichen Punkten eine Änderung erfahren haben. Die Einbeziehung der Verteidigung des Beklagten in das Gebiet des Klageänderungsrechts bestätigt somit die für die mutationes ausschlaggebende Bedeutung des - gemeinrechtlichen - Aktionensystems.

---

1) vgl. Endemann Zivilprozeß S. 628; Schmid S. 121/122; v. Bayer S. 550/551; Francke S. 303; Osterloh II S. 89/90.

2) vgl. Gönner S. 431 unter 3).

Ein weiterer Punkt, in welchem sich das Aktionendenken als die eigentliche Grundlage des Klageänderungsprinzips offenbart, ist folgender: Nach den Grundsätzen des gemeinen Prozeßrechts galt jede Änderung der Parteien als Klageänderung, und zwar wurde sie nicht nur als solche behandelt, sondern sie war einer der typischen Fälle einer mutatio [1]. Dies erklärt sich einleuchtend aus dem Wesen der actio, die - ebenso wie das materielle Rechtsverhältnis, welches sie als subjektives Recht "in seiner Betätigung gegen den widersprechenden Willen Anderer" zur Geltung brachte - durch die beteiligten Parteien charakterisiert und individualisiert wurde. Eine bestimmte actio, welche der A gegen den B erhoben hatte, erfuhr eine Wesensänderung in dem Augenblick, in dem A statt des B einen Dritten, den C, in Anspruch nehmen wollte; denn auch die materielle Rechtsbeziehung zwischen A und B war nicht identisch mit dem Rechtsverhältnis zwischen A und C, selbst wenn beide auf dem gleichen Rechtsgrund beruhten und auf ein gleiches Ziel gerichtet waren.

e) Die mutatio als Übergang zu einer neuen actio

Hier drängt sich die Überlegung auf, daß das gemeine Klageänderungsrecht im eigentlichen Sinne nicht ein Recht der - inhaltlichen - "Veränderung" einer Klage war, sondern vielmehr eine Regelung des Übergangs von einer actio auf eine andere actio traf. Da jede einzelne actio durch besondere Individualisierungsmerkmale gekennzeichnet war und sich in zumindest einem derartigen Merkmal von allen übrigen actiones unterschied, führte jegliche Veränderung eines wesentlichen Klagemerkmals auch zu einer anderen, neuen rechtlichen Einordnung der Klage in das Aktionensystem; und infolgedessen stellte sich eine in ihrem Wesen "veränderte" actio für das gemeine Recht als eine "andere" actio dar. Zwar deckt sich mit dieser Auslegung des Mutationsgedankens nicht die auf ihn angewandte Bezeichnung als "Klageänderung"; doch dieser Begriff wird anstatt an die actiones selbst an deren prozessuale Erscheinungsform, nämlich den Klaglibell, angelehnt sein, der bei einem Wechsel der actiones allerdings "geändert" wurde.

1) Gönner S. 430 unter 1); Heffter S. 440; Claproth II S. 105.

f) Zulässigkeit von mutationes im Verlauf des Prozesses

Nachdem bisher die inhaltliche Gestaltung der Klageänderungen im einzelnen dargelegt worden ist, soll nunmehr anschließend auf die Regelung der Zulässigkeit von mutationes im gemeinrechtlichen Prozeß eingegangen werden.

Vor der Litiskontestation war der Kläger zu jeder Veränderung seiner Klage ebenso wie zur Ersetzung der bisherigen Klageschrift durch einen anderen Libell befugt. Denn da der Beklagte sich noch nicht auf die Klage eingelassen hatte, hatte er auch seine Verteidigung noch nicht definitiv auf die erste actio eingestellt, und er erlitt daher keinen Nachteil, wenn er (bei entsprechender Fristverlängerung) seine Einlassung einer anderen, neuen actio anpassen mußte [1]. Nach der Litiskontestation hingegen war jede Klageänderung ausgeschlossen, es sei denn der Beklagte erklärte sich ausnahmsweise mit ihr einverstanden [2].

Wenn diese Regelung auch, soweit es den Zeitpunkt der Litiskontestation betrifft, dem Klageänderungsgedanken des römischen Rechts entspricht, so waren doch die Gründe der beiden an der Litiskontestation ansetzenden Klageänderungsverbote verschieden. Während zur Zeit des klassischen römischen Rechts eine Klageänderung nach der litis contestatio infolge der Zweiteilung des Verfahrens in die Abschnitte in iure und in iudicio unzulässig gewesen war, fand das Klageänderungsverbot des gemeinen Rechts seine Erklärung in der das damalige Verfahren beherrschenden Eventualmaxime. Dieses Prinzip verpflichtete den Beklagten, sofort in seiner ersten Einlassung auf alle Einzelheiten des in der Klageschrift enthaltenen Angriffs einzugehen, also seine gesamte Verteidigung vollständig und spezialisiert in der Klagebeantwortungsschrift vorzubringen; eine spätere wesentliche Ergänzung oder Veränderung der Verteidigung war dem Beklagten nicht gestattet. Sollte die Eventualmaxime nun in voller Strenge durchgeführt, der Beklagte dadurch aber in seinem Verteidigungsinteresse nicht beeinträchtigt werden, so setzte das voraus, daß der Beklagte im Verlauf des weiteren Verfahrens keinem neuen Vorbringen des Klägers gegenübergestellt werden durfte, welches zu einer Abänderung der Verteidigung hätte Anlaß geben können. Das bedeutet, daß die Klage ihrerseits nach der Litiskontestation in unverändertem Zustand als Grundlage der späteren Verhandlungen aufrechterhalten werden mußte; und der Kläger war aus diesem Grunde nicht berechtigt, nach der Einlassung des Beklagten die actio zu verändern beziehungsweise eine andere actio in das Verfahren einzuführen.

---

1) Endemann Zivilprozeß S. 626; v. Bayer S. 550; Francke S. 303; Gönner S. 429; Heffter S. 441/442; Wetzell S. 956; Schmid S. 122/123; Renaud S. 172/173; Osterloh II S. 89.

2) Endemann Zivilprozeß S. 403, S. 625 bis 629; Heffter S. 442; Wetzell S. 956; Schmid S. 122/123; Renaud S. 172/173.

Um die hierin liegende Härte etwas zu mildern, ließ das gemeine Recht unter bestimmten Umständen eine "Klageänderung" in der Form zu, daß der Kläger (mit Kostenerstattungspflicht gegenüber dem Beklagten) auf das bisherige Verfahren verzichten und einen völlig neuen Prozeß einleiten konnte; das heißt der Kläger ging dann mit der "veränderten", also "anderen" actio in ein neues Verfahren über [1]. Mit dem modernen Institut der Klageänderung würde sich ein derartiges Vorgehen allerdings nicht vereinbaren lassen, da sich das Wesen der heutigen Klageänderung gerade in einer Veränderung des Streitgegenstandes innerhalb desselben Prozesses ausdrückt. Für das gemeine Recht war dieser als Klageänderung behandelte Übergang von dem früheren in ein neues Verfahren jedoch besonders charakteristisch, und zwar wegen des Maßstabes, nach welchem die Zulässigkeit der Erhebung einer neuen actio beurteilt wurde. Man stellte nämlich darauf ab, ob der neuen actio die exceptio rei iudicatae aus dem früheren Prozeß entgegenstehen würde, falls die erste actio bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung durchgeführt worden wäre. Die Besonderheit dieser Argumentation soll an Hand eines Zitates aus v. Bayers "Vorträgen über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß" näher dargelegt werden. v. Bayer führt folgendes aus: [2]

> "Wenn aber der Kläger die Veränderung erst nach erfolgter Einlassung und Verteidigung des Beklagten vornehmen will, so ist zu unterscheiden, ob die Veränderung so unbedeutend ist, daß sie zu keiner neuen Verteidigung Anlaß geben kann, oder ob sich in Folge der Veränderung eine andere Verteidigung denken ließe, als welche der Beklagte gegen die erste Klage geführt hat. In dem ersten Fall ist die Veränderung (wieder) zulässig, und zwar ohne daß um deswillen das bisherige Verfahren aufgegeben, und der Prozeß von vorne angefangen werden müßte. - In dem zweiten Fall aber kommt es darauf an, ob dem Kläger, wenn er nach dem rechtskräftigen Verluste des ersten Prozesses mit der veränderten Klage auftreten würde, die exceptio rei iudicatae entgegenstehen würde oder nicht. Stünde ihm diese Einrede nicht entgegen, so ist die Veränderung zwar zulässig, aber nicht mit Beibehaltung des bisherigen Verfahrens, sondern nur in der Art, daß der Kläger mit dem veränderten Angriffe ein neues Verfahren beginnt und dem Beklagten die ihm durch den bisherigen Prozeß verursachten Kosten vergütet. .... Stünde aber der veränderten Klage nach der rechtskräftigen Entscheidung des bisherigen Prozesses die exceptio rei judicatae entgegen, so ist die Abänderung unzulässig, wenn sich auch der Kläger bereit erklärt, das bisherige Verfahren fallen zu lassen und dem Beklagten die bisherigen Kosten zu vergüten."

---

1) v. Bayer S. 550/551; Schmid S. 123; vgl. auch Gönner S. 436.

2) v. Bayer S. 550 bis 552.

Der erste Fall, den v. Bayer im Auge hat, kann außer Betracht bleiben, da er sich nur auf emendationes und declarationes bezieht. Wesentlich für den hier interessierenden Zusammenhang ist der zweite Fall, in welchem die Klage nach der Litiskontestation eine so bedeutende Veränderung erfahren haben soll, daß der Beklagte daraufhin seine Verteidigung umstellen mußte. v. Bayer gibt hier zunächst als selbstverständlich zu erkennen, daß eine derartige Veränderung einer actio nach der Einlassung des Beklagten in demselben Verfahren nicht mehr infrage kommen konnte; er stellt damit klar, daß er diesen Fall - in Übereinstimmung mit der allgemein im Schrifttum vertretenen Ansicht - als wirkliche mutatio betrachtete; andernfalls hätte im übrigen der Beibehaltung des bisherigen Verfahrens nichts im Wege gestanden. Der Ausweg, ein anderes neues Verfahren zu beginnen, stand nun dem die mutatio beabsichtigenden Kläger ebenfalls nicht uneingeschränkt offen, sondern nur in den Fällen, in denen die - als Hypothese angenommene - res iudicata des ersten Verfahrens gegenüber der neuen actio nicht die exceptio rei iudicatae auslösen würde. Der Gedankengang, mit Hilfe dessen festgestellt wurde, ob der Kläger einen neuen Prozeß einleiten konnte oder nicht, war also folgender: man ging zunächst als Voraussetzung davon aus, daß die zuerst erhobene actio in einem wesentlichen Bestandteil geändert, und ihre Identität damit zerstört worden war; anschließend stellte man die Frage, ob die neue actio von der Rechtskraft des auf die frühere actio ergangenen Urteils erfaßt werden würde, falls das frühere Verfahren rechtskräftig abgeschlossen worden wäre [1].

Für die moderne Rechtsauffassung enthält jene gemeinrechtliche Gedankenführung einen logischen Widerspruch: wenn nämlich vorausgesetzt wird, daß die zweite Klage mit der ersten nicht identisch ist, dann läßt diese Prämisse - nach den Grundsätzen des heutigen Prozeßrechts - keine alternative Möglichkeit der Rechtskraftwirkung mehr zu; die Frage, ob der neuen Klage die "Einrede" der Rechtskraft aus dem früheren Prozeß entgegenstehen würde oder nicht, ist ja bereits eindeutig - im negativen Sinn - beantwortet und insofern praktisch abgeschnitten dadurch, daß von einer Gegenüberstellung zweier nicht identischer Klagen ausgegangen wurde.

Die Tatsache, daß die Prozessualisten des gemeinen Rechts demgegenüber in jener Argumentation offensichtlich einen solchen Widerspruch nicht empfanden, weist wiederum auf die Eigenarten des gemeinrechtlichen Aktionensystems hin. Sie findet ihre Erklärung speziell in der Einrichtung der Klagenkonkurrenz im engeren Sinn, auf die im folgenden Abschnitt über die Klagenhäufung im einzelnen eingegangen werden wird. Ebenso wie das klassische römische Recht kannte auch das gemeine Recht gewisse konkurrierende actiones, die zwar nicht

1) vgl. dazu: Schmid S. 123.

in allen Einzelheiten übereinstimmten und daher nicht identisch waren, dennoch aber den gleichen juristischen Zweck verfolgten und insofern - im römischen Sinn - als actiones "de eadem re" beurteilt werden konnten. Diese actiones zeichneten sich dadurch aus, daß sie gegenseitig der exceptio rei iudicatae unterlagen, so daß durch die rechtskraftige Entscheidung über eine der konkurrierenden actiones nicht nur diese "eadem" actio für die Zukunft ausgeschlossen wurde, sondern in gleicher Weise auch die übrigen auf das gleiche juristische Ziel gerichteten actiones "de eadem re". Angesichts der Existenz derartiger Konkurrenzverhältnisse mit der wechselseitigen Beeinflussung zwischen mehreren nicht identischen actiones gewinnen v. Bayers Erwägungen für das gemeine Prozeßrecht die Bedeutung einer echten Alternativlösung, und sie verlieren den Sinn des Widersprüchlichen, der ihnen in den Augen des modernen Betrachters auf den ersten Blick anzuhaften scheint. In dem Bereich konkurrierender actiones konnte sich ohne weiteres der Fall ereignen, daß eine zunächst geltend gemachte actio eine wesentliche Änderung erfuhr und dadurch den Charakter einer anderen, allerdings mit ihr konkurrierenden actio erhielt und daß dennoch diese andere actio - gerade auf Grund des Konkurrenzverhältnisses - von der Rechtskraft eines auf die unveränderte erste actio ergehenden Urteils erfaßt werden konnte. War das der Fall, dann hatte der Kläger nicht die Möglichkeit, mit der veränderten actio in einen neuen Prozeß überzugehen; eine "Klageänderung" war unter diesen Umständen in jeglicher Form ausgeschlossen. Handelte es sich hingegen nicht um konkurrierende actiones, so stand "dem Kläger, wenn er nach dem rechtskräftigen Verluste des ersten Prozesses mit der veränderten Klage auftreten wollte, die exceptio rei iudicatae ... nicht entgegen" [1], und er konnte infolgedessen jederzeit "mit dem veränderten Angriffe ein neues Verfahren beginnen" [2].

Nicht allein die Zulässigkeit von Klageänderungen, sondern das gesamte Klageänderungsrecht in vielfachen Einzelheiten wurde - wie sich aus alledem ergibt - während der Geltung des gemeinen Rechts durch das Aktionendenken und die Eigenarten des damaligen Aktionensystems bestimmt.

---

1) v. Bayer a.a.O.

2) v. Bayer a.a.O.; außer v. Bayer erwähnen auch Schmid S. 123, Endemann Zivilprozeß S. 68, Osterloh II S. 89/90 und Schmidt Klagänderung S. 127 die Möglichkeit, auf den bisherigen Prozeß zu verzichten und eine neue Klage zu erheben. Sie setzen sich jedoch nicht mit den Einzelheiten dieses Vorgehens auseinander und gehen insbesondere nicht darauf ein, ob die Erhebung einer neuen Klage ohne jede Einschränkung möglich, beziehungsweise in welchen Fällen sie nicht zulässig war.

2) Klagenhäufung

Neben dem Klageänderungsrecht kommt ferner dem Institut der Klagenhäufung eine wesentliche Bedeutung innerhalb der Streitgegenstandslehre zu.

a) Einführung in die gemein-rechtliche Regelung der Klagenhäufung

Die Klagenhäufung oder cumulatio actionum war ermöglicht und zugleich begünstigt worden durch die seit der Entwicklung des kanonischen Rechts eingeführte Schriftlichkeit des Verfahrens und im besonderen durch die unbestimmte Form der Klageschrift, die - im Gegensatz zu der strengen Form einer römischen actio - ohne weiteres die Verbindung mehrerer actiones desselben Klagers gegen denselben Beklagten in einem Klagelibell zuließ. Voraussetzung dieser im gemeinen Prozeß durchaus üblichen sogenannten objektiven Klagenhäufung [1] war allerdings, daß dasselbe Gericht für sämtliche verbundenen actiones zuständig war und daß sie alle in derselben Prozeßart, demselben Verfahren, verhandelt werden konnten. Auch sollten nicht so viele Klagen kumuliert werden, daß die Verbindung zu einer Verwirrung des Verfahrens hätte führen können [2]. Im übrigen war der Richter nicht zwingend an die von dem Kläger vorgenommene Klagenhäufung gebunden, sondern er war berechtigt, im Verlauf des Prozesses die Trennung der in dem Klaglibell verbundenen actiones zu verfügen, wenn er auf diese Weise Verwirrungen vermeiden oder auch seine Verhandlungen erleichtern konnte [3]. Blieben die Klagen hingegen verbunden, so wurden sie doch - abgesehen von der gemeinsamen Verhandlung - selbständig und unabhängig voneinander durchgeführt mit der Folge, daß beispielsweise eine einzelne actio, wenn sie bereits zu einer definitiven Entscheidung reif war, von dem übrigen noch beweisbedürftigen Stoff der Verhandlung abgetrennt und sofort durch Endurteil erledigt werden konnte [4]. Um nun sowohl die Trennung

---

1 Abweichend von der im allgemeinen vertretenen Auffassung bezeichnete Reinhardt I S. 179 bis S. 182 diese Form der Kumulation als "subjektive Klagenhäufung" und zwar mit der Begründung, daß es sich um ein Zusammentreffen in den Subjekten des Rechtsstreites handelte. Für die Streitgegenstands-Probleme ergeben sich aus dieser Verschiedenheit der Bezeichnungen keine Folgerungen.

2) Endemann Zivilprozeß S. 630, S. 632; Gönner S. 523; v. Linde S. 253 bis 255; Osterloh II S. 22/23; Reinhardt I S. 180; Renaud S. 139; Schmid S. 16.

3) Renaud S. 139.

4) Schmid S. 130.

des Verfahrens anordnen als auch - modern ausgedrückt - ein Teilurteil erlassen zu können, mußte der Richter in jedem Einzelfall in der Lage sein, festzustellen, ob in einem einheitlichen Klaglibell nur eine einzige actio vorgebracht oder aber verschiedene actiones gehauft waren. Diese Feststellung ließ sich in unterschiedlicher Weise treffen, je nach der Form in welcher mehrere actiones kumuliert waren.

b) Klagenkonkurrenz und objektive Klagenhäufung

Die gesetzliche Regelung der Klagenhäufung rechtfertigte sich während der Geltung des gemeinen Rechts als die prozessuale Behandlung der Klagenkonkurrenz im weiteren Sinn, das heißt des Zusammentreffens mehrerer actiones in einem Vereinigungspunkt. Da die gemeinrechtlichen actiones als "Privatrechte in einem notleidenden Zustand" eng mit der materiellen Rechtsordnung verknüpft waren, konnten - entsprechend der jeweiligen materiellen Rechtslage - mehrere actiones in mehrfacher Hinsicht und mit verschiedenartigen Wirkungen zusammentreffen, und infolgedessen war auch die Verbindung konkurrierender actiones in einem Klaglibell, also die Klagenhäufung, in ebenso unterschiedlicher Form möglich und zulässig.

c) Kumulative Konkurrenz und kumulative Klagenhäufung

Mehrere actiones eines Klägers gegen denselben Beklagten konnten zunächst kumulativ konkurrieren, wenn sie nämlich unabhängig voneinander verschiedene Zwecke verfolgten und sich dabei auf verschiedene Objekte bezogen. Dem einzelnen Klagegrund kam hier eine nur zweitrangige Bedeutung zu; denn die auf verschiedene Ziele gerichteten actiones trafen kumulativ zusammen ohne Rücksicht darauf, ob sie aus einem gemeinsamen Rechtsverhältnis, ex eodem facto, hervorgingen, oder ob sie auf mehreren selbständigen Rechtsgründen beruhten und daher - abgesehen von der Identität der Beteiligten - keine innere Verbindung hatten [1].

Wurden nun actiones, die in dieser Form konkurrierten, äußerlich in einer Klageschrift zusammengefaßt, so bewirkte die Verbindung eine kumulative Klagenhäufung, durch welche die Selbständigkeit der einzelnen actiones nicht beeinträchtigt wurde. Sämtliche verbundenen Klagen waren vielmehr, obgleich

1) Martin S. 162/163; Endemann Zivilprozeß S. 631, S. 632; Gönner S. 523; v. Linde S. 253 bis 255; Reinhardt I S. 184.

gemeinsam über sie verhandelt wurde, getrennt voneinander durchzuführen, und der Richter hatte auf jede actio hin selbständig zu entscheiden, so wie auch der Kläger mit allen actiones gesondert seine Befriedigung begehren konnte [1].

Um die einzelnen actiones in dem Libell schon äußerlich voneinander abzuheben, war der Kläger gehalten, sie, soweit sie auf verschiedenen Rechtsverhältnissen beruhten, in der Geschichtserzählung zu trennen und das fundamentum (den Grund) jeder actio gesondert darzustellen [2]; die Klagebitten sämtlicher actiones mußten ohnehin getrennt aufgeführt werden, da die kumulativ gehäuften Klagen auf verschiedene Erfolge gerichtet waren und sich daher in ihrem petitum (dem Gegenstand der Klage) nicht entsprechen konnten. Diese Darstellungsform im Falle kumulativer Klagenhäufung ermöglichte es jederzeit, an Hand der Klagebitten die verbundenen, jeweils durch ein besonderes petitum gekennzeichneten actiones zu unterscheiden und somit festzustellen, ob, gegebenenfalls wieviele und auch welche actiones in einem Klaglibell zusammengefaßt waren.

d) Elective Konkurrenz ohne Möglichkeit einer Kumulation

Eine weitere Form des Zusammentreffens mehrerer actiones war die der electiven Konkurrenz, deren Eigenart darin bestand, daß eine actio die andere, electiv mit ihr konkurrierende actio ausschloß. Die Wahl einer Klage vernichtete hier die übrigen zunächst konkurrierenden actiones, und zwar entweder kraft ausdrücklicher Rechtsvorschrift oder aber wegen des widersprechenden Inhaltes der verschiedenen Klagen, die sich in den ihnen zugrundeliegenden materiellen Ansprüchen nicht vereinbaren ließen [3]. Es bedarf keiner näheren Begründung, daß actiones, die auf diese Weise electiv konkurrierten, einer Kumulation in einer Klageschrift nicht zugänglich waren. Der Kläger mußte sich in derartigen Fällen vielmehr von vorneherein für die Wahl einer der ihm zur Verfügung stehenden actiones entscheiden [4].

---

1) Endemann Zivilprozeß S. 632; Martin S. 162/S.163; Schmid S. 16.
2) Claproth II S. 52; Reinhardt I S. 180; Schmid S. 16.
3) Gönner S. 523; Arndts S. 151; Wetzell S. 587; Reinhardt I S. 184, der diese Form der Konkurrenz als electives oder alternatives Zusammentreffen von actiones bezeichnet.
4) Gönner S. 524; Reinhardt I S. 184.

e) Successive Konkurrenz und successive Kumulation

Mehrere Klagen konnten ferner in einem successiven Konkurrenzverhältnis stehen, so daß eine actio ihre Wirkungen erst nach einer anderen actio entfaltete. Hier schied zwar eine gleichzeitige Kumulation der konkurrierenden actiones sinngemäß aus; die Klagen konnten jedoch successiv in der Stufenfolge ihrer Wirksamkeit in einem Klaglibell kumuliert werden [1]. Allerdings mußte der Kläger dann dem bestehenden Stufenverhältnis bei der Abfassung der Klageschrift äußerlich Rechnung tragen und die einzelnen actiones in ihrer Rangfolge nach petitum und fundamentum agendi deutlich voneinander abgrenzen.

Demzufolge bereitete die Unterscheidung mehrerer successiv in einem Klaglibell kumulierter actiones keine Schwierigkeiten.

f) Klagenkonkurrenz im engeren Sinn mit der Möglichkeit alternativer oder eventueller Kumulation

Schließlich konnten verschiedene actiones in der Form zusammentreffen, daß sie dem Kläger wohl gleichwertig nebeneinander zu Gebote standen, er dennoch aber den beabsichtigten Erfolg nur einmal erreichen und daher nur mit Hilfe einer oder der anderen actio seinen vermeintlichen Anspruch durchsetzen konnte.

Die Hauptfälle dieser Art waren die der Klagenkonkurrenz im engeren Sinn, in denen aus einem und demselben Rechtsgrund mehrere, in Einzelmerkmalen voneinander abweichende actiones hervorgingen, welche sämtlich der Erreichung des gleichen juristischen Zweckes, der Verwirklichung des gleichen Klagegegenstandes, dienten. Sowie jenes eine gemeinsame juristische Ziel durch die rechtskräftige Entscheidung einer der konkurrierenden actiones erreicht war, entfielen die übrigen Klagen; denn trotz der zur Auswahl stehenden verschiedenartigen Klagemittel sollte doch der Erfolg, auf den sie alle - wenn auch mit unterschiedlicher Nuancierung - hinzielten, nicht mehrfach realisiert werden [2].

---

1) Gönner S. 523; Reinhardt I S. 184.

2) zu der Klagenkonkurrenz im engeren Sinn vgl. im einzelnen: Martin S. 162/163; Reinhardt I S. 184/185; Wächter S. 459 bis 463; Arndts S. 151; Heffter S. 143, der seine Erörterungen zwar weitgehend auf das römische Recht stützt, zugleich aber auch den gemeinrechtlichen Zustand behandeln will - dazu: v. Stintzing-Landsberg III S. 299/300.

Für die Verbindung derartiger im engeren Sinne konkurrierender actiones in einem Klaglibell standen dem Kläger zwei Möglichkeiten offen. Er konnte die Klagen alternativ kumulieren und damit zum Ausdruck bringen, daß er nicht auf der Durchführung einer speziellen actio bestehen, auch nicht einen bestimmten rechtlichen Gesichtspunkt besonders berücksichtigt wissen wollte, sondern daß ihm lediglich daran gelegen war, mit einer der kumulierten actiones zu seinem Ziel zu gelangen [1]. Wollte der Kläger die actiones hingegen in einer bestimmten Rangfolge geltend machen, dabei zunächst eine actio in den Vordergrund stellen, und sich nur für den Fall ihres Mißlingens auf eine andere konkurrierende actio berufen, so konnte er die Klagen eventuell verbinden und auf diese Weise erreichen, daß über eine beziehungsweise einige von ihnen nur verhandelt wurde, falls sich mit der "Haupt"-actio der erstrebte Erfolg nicht verwirklichen ließ [2]. Sofern nun derartige actiones, die gleichermaßen denselben juristischen Zweck verfolgten, in einer Klageschrift entweder alternativ oder eventuell gehäuft werden sollten, wäre nach der allgemeinen Kumulationsregelung an sich die getrennte Darstellung jeder einzelnen actio, und zwar auch hinsichtlich der jeweiligen Klagebitte geboten gewesen [3]; die verschiedenen actiones hätten sich dann ohne Schwierigkeiten nach ihrer äußeren Form voneinander abgrenzen lassen. Falls der Kläger aber, da alle actiones auf ein gemeinsames Ziel gerichtet waren, dieses Ziel nur einmal anführte, also nur eine einheitliche Klagebitte vorbrachte, ließ dieses petitum keinen Schluß auf die Tatsache der Kumulation mehrerer actiones zu. Hier wirkte sich jedoch die Zweigliedrigkeit der actiones aus, und es erwies sich die Bedeutung des Klagegrundes, der gemeinsam und gleichwertig mit dem Klagegegenstand jede actio in ihrer charakteristischen Eigenart individualisierte. Obzwar die Besonderheit der hier infrage stehenden im engeren Sinne konkurrierenden actiones darin lag, daß sie auf demselben Rechtsverhältnis beruhten und sich insofern in ihrem fundamentum agendi weitgehend entsprachen, so waren sie doch nicht identisch, sondern wiesen gewisse Modifikationen der Klagegründe auf, aus denen jede einzelne actio ihre besondere Individualität gegenüber den übrigen mit ihr konkurrierenden Klagen herleitete. Diese den Rechtsgrund modifizierenden Einzelheiten mußte der Kläger - in eventueller oder alternativer Verbindung - in seiner Klageschrift zum Ausdruck bringen, und sie ließen erkennen, daß trotz der einheitlichen Klagebitte dennoch mehrere actiones geltend gemacht waren. Da nämlich die actiones eng an die materielle Rechtsordnung angelehnt waren, konnte jeder actio - ebenso wie dem entsprechenden subjektiven Recht, das sie verkörperte - nur ein ganz bestimmtes, durch besondere Merkmale gekenn-

---

1) Gönner S. 523; Reinhardt I S. 185.

2) Schmid S. 16.

3) Claproth II S. 52; Reinhardt I S. 180; Schmid S. 16.

zeichnetes Rechtsverhältnis zugrundeliegen, welches keine Abweichungen in seinem Inhalt und Umfang zuließ. War nun in einer Klageschrift ein "Grund"-rechtsverhältnis in mehrfachen Abwandlungen aufgeführt, so konnten sich die verschiedenartigen Formen des Rechtsgrundes nicht auf eine einzige actio beziehen, sondern sie entsprachen notwendigerweise in jeder Klagegrund-Modifikation einer besonderen, den speziellen Umständen angepaßten und auf sie ausgerichteten actio. Die voneinander abweichenden Einzelangaben waren mithin das äußere Anzeichen dafür, daß in dem Klaglibell mehrere actiones kumuliert waren, die allerdings das gleiche juristische Ziel verfolgten und daher in ihrem petitum sämtlich übereinstimmten.

Die gemeinrechtliche Regelung und Gestaltung der Klagenhäufung bestätigt nach alledem die bereits in dem Gebiet des Klageänderungsrechts gewonnene Erkenntnis, daß das damalige Aktionensystem in seiner Gesamtgliederung, seinem Aufbau und der inhaltlichen Bestimmung der actiones allen wesentlichen - hier im Bereich der objektiven Klagenkumulation auftauchenden - Schwierigkeiten und Besonderheiten Rechnung trug und die Probleme löste, die sich in dem modernen Prozeßrecht nur mit Hilfe des Streitgegenstandes klären lassen.

3) Rechtshängigkeit

Das für den Streitgegenstandskomplex weiterhin bedeutsame Gebiet der Rechtshängigkeit im allgemeinen und die Einrede der Rechtshängigkeit im besonderen werden in der gemeinrechtlichen Literatur nur gelegentlich erwähnt, jedoch nicht in Einzelheiten eingehender behandelt. Infolgedessen muß auch hier die Darstellung dieser Einrede, ihrer Bedeutung und ihrer prozessualen Wirkungen auf einige wesentlich erscheinende Grundzüge beschränkt werden.

a) Zeitpunkt der Litispendenz

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß sich der Zeitpunkt, in dem die Rechtshängigkeit begründet wurde, gegenüber der Regelung des klassischen römischen Rechts verschoben hatte [1]. In Anlehnung an den veränderten Aufbau des Verfahrens einerseits sowie im Hinblick auf das gewandelte Wesen der Litiskontestation andererseits setzten die Wirkungen der Rechtshängigkeit im gemeinen Prozeß nicht erst mit der Litiskontestation, das heißt der tatsächlichen Einlas-

1) Wobei nicht übersehen werden darf, daß ein Vergleich zwischen der römischen litis contestatio und der gemeinrechtlichen Rechtshängigkeit ohnehin nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten beider Verfahrensordnungen möglich ist.

sung des Beklagten auf die Behauptungen der Klageschrift, ein, sondern bereits mit der richterlichen Mitteilung des Klaglibells an den Beklagten, also mit der sogenannten Insinuation des ersten gerichtlichen Dekrets [1].

b) Wirkungsbereich der exceptio litis pendentis

Darüberhinaus war der Wirkungsbereich der Rechtshängigkeitseinrede enger als im klassischen römischen Recht; denn die Einrede machte nicht mehr im Sinne der früheren "exceptio rei in iudicium deductae" geltend, daß über eine bestimmte "res", sobald sie einmal in ein Verfahren vor einem iudex übergeleitet worden war, nicht ein weiteres Mal verhandelt und entschieden werden dürfe, sondern sie verhinderte als "exceptio litis pendentis" lediglich die mehrfache gleichzeitige Verhandlung derselben Streitsache, derselben "lis", vor diesem oder einem anderen Gericht. Wann allerdings "dieselbe Streitsache" vorlag, durch welche Merkmale die die exceptio litis pendentis auslösende Identität mehrerer Streitverhältnisse begründet wurde, darüber gibt die exceptio selbst keinen Aufschluß. Auch einige Autoren gemeinrechtlicher Prozeßdarstellungen begnügten sich mit der unbestimmten Angabe, die exceptio litis pendentis greife ein, wenn "mehrere Sachen ganz identisch" seien [2], wenn in zwei Prozessen "das nämliche Streitverhältnis" verhandelt werde [3] oder der Beklagte "wegen des nehmlichen Rechtsstreits", wegen "einer und der nehmlichen Sache" vor mehrere Gerichte gezogen werden solle [4]. Einen näheren Anhaltspunkt bietet demgegenüber die Bemerkung Windscheids [5], die exceptio litis pendentis mache geltend, daß nicht zweimal zu gleicher Zeit "derselbe Anspruch" vorgebracht werden könne. Vergegenwärtigt man sich in diesem Zusammenhang, daß Windscheid den Begriff des"Anspruchs" allgemein an die Stelle der "actio" setzte [6], so deutet seine Erklärung sinngemäß auf die actio als identitätsbestimmendes Kriterium für die exceptio litis pendentis hin. Dieser Hinweis wird verstärkt durch die Ansicht der Prozessualisten v. Bayer und Osterloh, die sich beide zur Feststellung der Litispendenz ausdrücklich auf die actiones bezogen und dem Beklagten die exceptio litis pendentis zugestanden, wenn der

---

1) v. Bayer S. 560; Claproth I S. 150 bis 152; Endemann Zivilprozeß S. 404, 408; Grolman S. 69/70; Osterloh II S. 29; Regelsberger S. 690.

2) Heffter S. 174.

3) Renaud S. 170.

4) Claproth I S. 153 unter 4) und S. 154.

5) actio S. 68/69.

6) actio S. 5, 6 und mehrfach sonst; darauf wird unten S. 79 ff näher eingegangen werden.

Kläger während des Prozesses erneut "dieselbe Klage" oder eine "identische Klage" erheben wollte [1].

Es erscheint demnach die Annahme gerechtfertigt, daß sich die Litispendenz auf die jeweils geltend gemachte actio gründete; und diese Regelung fügt sich einwandfrei in das bisher dargelegte System des gemeinen Prozesses mit seiner aktionenrechtlichen Gestaltung des Klageänderungs- und Kumulationsrechts ein.

Allerdings bleibt noch zu klären, ob in den Bereich der Rechtshängigkeit die Klagenkonkurrenz im engeren Sinn einbezogen wurde, ob also die exceptio litis pendentis auch die konkurrierenden actiones erfaßte, wie dies bei der römischen exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae der Fall gewesen war. Wenngleich die von Osterloh und v. Bayer gewählten Formulierungen gegen jene Einbeziehung zu sprechen scheinen, so ist doch darauf hinzuweisen, daß sowohl Osterloh als auch v. Bayer, sowie auch Windscheid und - soweit ersichtlich - die übrigen gemeinrechtlichen Prozessualisten die Klagenkonkurrenz i.e.S. nicht ausdrücklich aus dem Geltungsbereich der exceptio litis pendentis ausschlossen, sondern daß sie die konkurrierenden actiones in ihren Erörterungen über die Rechtshängigkeit überhaupt gänzlich unerwähnt und unberücksichtigt ließen; aus diesem Grunde muß die Frage einer etwaigen gegenseitigen Beeinflussung aus dem Institut der Klagenkonkurrenz i.e.S. selbst in Verbindung mit der Bedeutung der gemeinrechtlichen Litispendenz entschieden werden.

Zieht man hier zunächst in Erwägung, daß die Eigenart der im engeren Sinne konkurrierenden actiones in ihrer gemeinsamen Ausrichtung auf ein bestimmtes juristisches Ziel lag, mit dessen Erreichung durch eine der actiones die übrigen entfielen, so liegt der Schluß nahe, daß bis zur Erreichung jenes Zweckes die einzelnen ihn in unterschiedlicher Weise verfolgenden actiones ihre Selbständigkeit und Unabhängigkeit bewahrten. Dies deutet darauf hin, daß die Litispendenz e i n e r konkurrierenden actio die übrigen, wohl mit ihr konkurrierenden, aber nicht identischen actiones nicht erfaßte und beeinflußte. Und es läßt sich daraus auf eine Wandlung in der Bedeutung der Rechtshängigkeitseinrede seit der Geltung des römischen Rechts schließen, auf welche schon die verschiedenen rechtlichen Bezeichnungen der römischen und der gemeinrechtlichen exceptio äußerlich hinweisen.

---

1) v. Bayer S. 562; Osterloh II S. 51.

c) Bedeutung der exceptio litis pendentis im Gegensatz zu der römischen exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae

Die klassische römische exceptio rei in iudicium deductae bildete - wie bereits im einzelnen dargelegt worden ist - als Ausdrucksform des Konsumtionsprinzips "bis de eadem re ne sit actio" einen Teilausschnitt aus der gesamten einheitlichen exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae, und sie verkörperte gleichsam einen der beiden in dieser Einrede enthaltenen zeitlichen Akzente, die durch das Merkmal der "res" miteinander verbunden waren: während demnach in der klassischen Zeit die zweiteilige, nach der "res" orientierte exceptio in gleicher Weise sowohl den Verfahrensabschnitt in iudicio von der litis contestatio an bis zu der res iudicata, als auch den Zeitraum nach der Rechtskraft des Urteils umfaßte, verlagerte sich im späteren römischen Recht mit dem Untergang des zweigeteilten Verfahrens der Hauptakzent jener exceptio auf das Ereignis der res iudicata, und der Gesichtspunkt der "res in iudicium deducta" verlor seine frühere Bedeutung.

An seiner Stelle entwickelte sich im Verlaufe späterer Jahrhunderte ein im Grunde neuer Rechtshängigkeitsgedanke, nämlich der des Verbotes mehrfacher gleichzeitiger Verhandlung "eiusdem litis". Da dieser neue Grundsatz der exceptio litis pendentis das Abgrenzungsmerkmal der "res" nicht mehr enthielt, ermöglichte er auch keine Erstreckung der Rechtshängigkeitswirkungen mehr auf actiones, die einander nur insofern beeinflußten, als sie sich auf "eandem rem" bezogen. Ausschließlicher Maßstab für das Eingreifen der exceptio litis pendentis wurde vielmehr die jeweilige "lis", die nach gemeinrechtlicher Anschauung durch die actio konkretisiert wurde und in ihrer Identität abhängig war von der Individualität der einzelnen sie einleitenden actio. Ohne daß in der Literatur in diesem Zusammenhang nähere Einzelheiten über die Bestimmung der Identität und Individualität mehrerer actiones angegeben wären, können doch hier die bei der Betrachtung des Klageänderungsrechts gewonnenen Ergebnisse dahingehend verwertet werden, daß die neu erhobene actio in ihrer zweigliedrigen Zusammensetzung aus dem Grund und dem Gegenstand der Klage mit dem Grund und dem Gegenstand der Klage des bereits rechtshängigen Verfahrens übereinstimmen mußte, um als eadem actio zu gelten und auf diese Weise in dem späteren Prozeß dieselbe "lis" wie in dem bisherigen Rechtsstreit zu begründen. Rein äußerlich ließ sich die Gleichheit oder Verschiedenheit der Klagebestandteile feststellen mit Hilfe eines Vergleichs zwischen den beiden Klaglibellen in ihren Hauptmerkmalen, dem fundamentum agendi und dem petitum causae, in denen der Grund und der Gegenstand der jeweiligen Klage prozessual in Erscheinung traten. Ergab ein derartiger Vergleich, daß sich sowohl die fundamenta agendi als auch die petita causae beider Klageschriften entsprachen, so war

diese Übereinstimmung als äußeres Anzeichen für die Identität der zugrundeliegenden actiones zu werten, und es stand somit zugleich fest, daß es sich in den durch identische actiones eingeleiteten Prozessen um dieselbe Streitsache, also um "eandem litem" handelte.

Infolgedessen rechtfertigte sich die Anwendung der exceptio litis pendentis, deren Wirkungsbereich - wie nunmehr in Übereinstimmung mit der Ansicht v. Bayers, Osterlohs und auch Windscheids als Ergebnis für das gemeine Recht festgestellt werden kann - auf diejenigen Falle beschränkt war, in denen während des Prozesses dieselbe, identische actio ein zweites Mal vorgebracht werden sollte.

4) Rechtskraft

a) Einführung in die gemein-rechtliche Regelung der materiellen Rechtskraft

Über das letzte und in seiner praktischen Bedeutung wohl am weitesten reichende Streitgegenstands-Problem, nämlich die materielle Rechtskraft in ihren objektiven Grenzen, herrschten unter den gemeinrechtlichen Prozessualisten tiefgehende Meinungsverschiedenheiten. So vertraten einige Autoren - beispielsweise Dernburg und Windscheid - grundsätzlich die Ansicht, die römische exceptio rei iudicatae habe sich zwar in ihrer positiven Funktion erhalten, kraft welcher sie Widersprüche zwischen dem Inhalt eines bereits rechtskräftigen Urteils und einer späteren Entscheidung verhindern solle; hingegen sei die negative Funktion der exceptio rei iudicatae, die auf das alte römische Konsumtionsprinzip "bis de eadem re ne sit actio" zurückging, dem gemeinen Prozeßrecht fremd und gehöre ihm nicht mehr an [1].

b) Beschränkung der römischen exceptio rei iudicatae in ihrer negativen gemeinrechtlichen Funktion auf die nämlichen actiones

Demgegenüber stellten Endemann und Förster ausdrücklich für das gemeine Recht fest, das Wesen der Rechtskraft komme in dem Grundsatz "ne bis de eadem re" zum Ausdruck, und ihre Wirkung bestehe darin, daß sie eine einmal abgeurteilte actio für die Zukunft konsumiere; dementsprechend solle die exceptio rei iudicatae "verhindern, daß über denselben Rechtsanspruch, der bereits durch ein Urtheil verworfen worden, nochmals gerichtlich entschieden werde,

---

1) Dernburg Pandekten S. 385; Windscheid actio S. 117/118; vgl. auch Osterloh I S. 225/226.

gleichviel, ob jenes zu Gunsten des Klägers oder des Beklagten gesprochen worden" sei [1]. Außer Endemann und Förster setzten auch eine Reihe weiterer Prozessualisten in ihren Erörterungen - sowohl ausdrücklich als auch stillschweigend - die Weitergeltung der exceptio rei iudicatae in ihrer negativen Funktion voraus; allerdings begrenzten sie den Umfang der Einrede teilweise enger, als es während der Geltung des römischen Rechts üblich gewesen war. So führte unter anderen Renaud in diesem Zusammenhang aus [2]: "die sogenannte negative Funktion der exceptio rei iudicatae ist im allgemeinen zwar mit der prozessualen Consumtion weggefallen. Indessen hat sich dieselbe doch in einer Anwendung insoferne in Geltung erhalten, als bei bereits abgeurteilter Sache der Verurteilte, welcher von dem nämlichen Kläger mit der nämlichen Klage verklagt wird, diese letztere mittelst jener Einrede abwenden kann". Und in ähnlicher Form verknüpften auch Reinhardt [3] und Osterloh [4] die Bedeutung der exceptio rei iudicatae mit der - wiederholten - Erhebung der nämlichen Klage, einer identischen actio.

c) Anwendung der exceptio rei iudicatae im Falle derselben Rechts- und Streitfrage

Hingegen beschrankten andere Prozessualisten, und zwar im wesentlichen jene, die sich entweder allgemein oder auch nur in diesem speziellen Punkt besonders eng an das römische Recht anlehnten, die Wirkung der materiellen Rechtskraft nicht lediglich auf die nämliche actio, sondern sie hielten die Voraussetzungen der exceptio rei iudicatae immer dann für gegeben, wenn sich ein neu eingeleiteter Rechtsstreit auf "dieselbe (konkrete) Streitfrage" [5] oder "dieselbe Rechtsfrage" bezog wie ein bereits rechtskräftig abgeschlossener Prozeß [6]; und sie stellten ihre Überlegungen damit sinngemäß auf das römische Kriterium der "eadem quaestio" ab. Durch welche konkreten Merkmale die "eadem quaestio" im einzelnen bestimmt wurde, gaben die Vertreter dieser Meinung allerdings nicht an, es sei denn, sie bezogen sich auf entsprechende Digestenstellen, denen jedoch - wie schon bei der Behandlung des römischen Rechtskraft- und Konsumtionsprinzips festgestellt worden ist - in dieser Hinsicht ebenfalls keine näheren Anhaltspunkte zu entnehmen sind.

---

1) Förster S. 283, S. 267 und S. 277; Endemann Zivilprozeß S. 543, S. 548 bis 550.
2) Renaud S. 435 unter 2).
3) Reinhardt II S. 299.
4) Osterloh II S. 51.
5) v. Bayer S. 450; Planck Lehrbuch I S. 257/258.
6) v. Savigny VI S. 285.

d) Abgrenzung der exceptio rei iudicatae nach dem Merkmal der "eadem res", "desselben Klagerechts"

Darüberhinaus wurde in der gemeinrechtlichen Literatur, soweit sie die exceptio rei iudicatae behandelte, auch das römisch-rechtliche Merkmal der "eadem res" herangezogen; und sofern dieser Begriff nicht inhaltlich unbestimmt als "dieselbe Sache" [1] wiedergegeben wurde, faßten die damaligen Prozessualisten die "res" in ihrer Stellung innerhalb der exceptio rei iudicatae nunmehr als "Klagerecht" auf [2]. Vergleicht man diese gemeinrechtliche Auslegung mit der römischrechtlichen Auffassung der durch personae, corpus und causa petendi charakterisierten res, so fällt die prozessuale Akzentuierung der gemeinrechtlichen Deutung im Gegensatz zu dem obligationsähnlichen, stärker durch Elemente des materiellen Rechts geprägten Verständnis der römischen res ins Auge. Und diese verschiedenartige Bestimmung der res, desselben Begriffes im Rahmen derselben Prozeßregel, während der Geltung des römischen Rechtes einerseits und zur Zeit des gemeinen Prozeßrechtes andererseits ist kennzeichnend für die Entwicklung, die das materielle und prozessuale Denken in ihrem Verhältnis zueinander und ihrer gegenseitigen Beeinflussung im Laufe der Jahrhunderte erfahren haben, und die im besonderen in der unterschiedlichen Charakterisierung der römischen, kanonischen und gemeinrechtlichen actiones in Erscheinung trat. Im Geltungsbereich des römischen Rechts und der römischen actiones gingen, da diese letzteren sowohl prozessuale als auch materielle Elemente ununterscheidbar und untrennbar in sich vereinigten, das materiellrechtliche und das prozeßrechtliche Denken wechselseitig ineinander über, und die Geltendmachung eines materiellen Anspruchs stellte sich für die Römer als Erhebung einer - dem Anspruch entsprechenden - actio und damit selbstverständlich als Durchsetzung ihres Rechtes mit gerichtlicher Hilfe dar. Insofern war dem römischen Recht eine scharfe Trennung zwischen der materiellen Rechtsordnung und dem Gebiet des Prozeßrechts mit gesonderten - im Sinne moderner Auffassung typisch auf jeweils eines der beiden Rechtsgebiete bezogenen - Rechtsinstituten fremd. Das wirkte sich unter anderem dahin aus, daß in beiden Rechtsbereichen sowohl materiellrechtlich geprägte als auch prozessual akzentuierte Rechtsbegriffe in gleicher Weise angewandt werden konnten, sofern sie nur die im Einzelfall entscheidenden Gesichtspunkte klar herausstellten. Aus dieser Überlegung erklärt sich die Verwendung der durch überwiegend materiellrechtliche Merkmale gekennzeichneten römischen "res" im Rahmen einer prozessualen Rechtsregel, in welcher diese res lediglich dem Zweck diente, mehrere prozessual in gleiche Richtung zielende actiones von ihrer Entstehungsgrundlage her - als gleichsam

1) Planck Lehrbuch I S. 257; Brackenhoeft S. 183.
2) Wetzell S. 576; Endemann Zivilprozeß S. 528 Anm. 8).

umfassendes, neutrales Kriterium - voneinander abzugrenzen. Wie die Erörterungen über die Anwendung und Auswirkungen der römischen exceptio rei iudicatae erwiesen haben, wurde die obligationsähnlich charakterisierte res diesem Ziel durchaus gerecht.

Indessen bahnte sich auf dem Weg über die actiones schon seit dem kanonischen Recht und bis zur Entstehung des gemeinen Rechts hin eine Trennung zwischen materieller und prozeßrechtlicher Betrachtungsweise an, die zu einer stärkeren Betonung der wesensmäßigen Eigenarten jedes entweder dem einen oder dem anderen Rechtsgebiet zugehörenden Institutes führte. Auf diese Weise setzte sich allmählich ein eigenständiges Prozeßbewußtsein durch, und die actiones hoben sich als ausgesprochen prozessuale Verfolgungsmittel von den materiellen obligationes ab, wenn auch die Gesamt-Orientierung des Prozeßrechtes nach der materiellen Rechtsordnung bestehen blieb, da das Prozeßrecht seine Bestimmung darin fand, in jedem einzelnen Verfahren mit Hilfe der actiones materiellrechtliche Grundsätze zu verwirklichen. Jene zunehmende Verselbständigung des Prozeßrechts hatte neben anderen Auswirkungen zur Folge, daß die Prozessualisten des gemeinen Rechts sich im Rahmen ihrer prozessualen Argumentationen nicht mehr auf materiell geprägte Begriffe stützten; vielmehr übertrugen sie derartige Begriffe, falls sie sie aus dem römischen Recht übernahmen, nunmehr auf die Terminologie des gemeinen Prozeßrechts. In dieser Form wurde auch die römische "res", deren grundsätzliche Bedeutung innerhalb der exceptio rei iudicatae infolge der Weitergeltung des Aktionensystems anerkannt blieb, der gemeinrechtlichen Prozeßauffassung angepaßt; und die "res" wurde, um als ebenso wirksames Kriterium wie die frühere res des römischen Rechts deren prozessuale Funktionen erfüllen zu können, im gemeinen Recht als "Klagerecht" aufgefaßt. Diesem "Klagerecht" kam seine eigene Bedeutung neben der einzelnen Klage zu, wenngleich auch Klagerecht und actio weitgehend aufeinander bezogen waren. So erwuchs dem Kläger aus jedem Rechtsgrund im Hinblick auf ein bestimmtes Ziel zunächst ein spezielles Klagerecht, und dieses Klagerecht begründete erst die dem Rechtsgrund und Ziel entsprechende actio, in Einzelfällen - je nach den Eigentümlichkeiten des Aktionensystems - auch mehrere actiones; gleichzeitig trat das Klagerecht in der aus ihm begründeten actio in Erscheinung, ohne daß es sich wiederum in jedem Fall in einer einzigen actio zu erschöpfen brauchte. Die Wirkungen des Klagerechts reichten mithin über die einzelne actio insofern hinaus, als sich das Klagerecht unter gewissen Umständen in mehrfacher juristischer Form äußern und damit mehrere actiones als "materielle Ansprüche in ihrem notleidenden Zustand" umfassen konnte. Aus diesem Grunde konnten beispielsweise zwei actiones, die sich hinsichtlich ihres Gegenstandes nicht in vollem Umfang deckten, dennoch in bestimmten Fällen auf ein und dasselbe Klagerecht zurückgehen, obwohl an sich jedes subjektive Recht und somit jede actio nur durch die Ausrichtung auf einen bestimmten

Gegenstand konkretisiert wurde, so daß Klagen, die auf verschiedene Objekte zielten, einander in der Regel als verschiedene actiones gegenüberstanden und zugleich als Ausdruck verschiedener Klagerechte galten. Stimmten nun mehrere actiones in ihrem Gegenstand nicht überein, so verkörperten sie desungeachtet dasselbe Klagerecht - falls sie nicht überhaupt als identische actiones beurteilt wurden - wenn sie lediglich in quantitativer Hinsicht voneinander abwichen, dergestalt daß eine der actiones nur auf einen Teil eines Ganzen, die andere hingegen auf das diesen Teil mit umschließende Ganze selbst gerichtet war [1]. Weiterhin äußerte sich in den bereits wiederholt hervorgehobenen Fällen der Klagenkonkurrenz im engeren Sinn jeweils ein einheitliches Klagerecht in verschiedenartiger juristischer Form, und zwar in der Gestalt der einzelnen konkurrierenden actiones; da diese nämlich gemeinsam auf demselben Rechtsverhältnis beruhten und das gleiche juristische Ziel verfolgten, waren sie auch Ausfluß eines und desselben Klagerechts, ohne jedoch identische actiones zu sein. Nur das Klagerecht als die einheitliche Grundlage der verschiedenen actiones ermöglichte hier - unter dem Gesichtspunkt der "eadem res" - eine Erstreckung der Rechtskraftwirkungen auf alle konkurrierenden actiones; und es leuchtet ohne weiteres ein, daß sich demgegenüber eine Begrenzung der exceptio rei iudicatae ausschließlich auf identische actiones mit den Besonderheiten der gemeinrechtlichen Klagenkonkurrenz im engeren Sinn nicht hätte vereinbaren lassen.

Die Bedeutung, die einerseits dem Klagerecht als der gemeinrechtlichen "res" und andererseits den auf dem Klagerecht beruhenden actiones im Bereich der exceptio rei iudicatae innewohnte, soll im folgenden veranschaulicht werden an Hand von zwei Beispielen aus Wächters Ausführungen über die Wirkung der materiellen Rechtskraft [2]. Und zwar soll als erstes Beispiel folgender Fall

---

1) Windscheid Pandekten S. 385/386; Förster S. 286/287 unter a); Wächter S. 565; Wetzell S. 580/581; sämtliche in enger Anlehnung an das römische Recht, besonders D 44. 2. 7 pr.

2) Allerdings führt Wächter das Eingreifen der exceptio rei iudicatae nicht auf die "res" und die actiones zurück, sondern auf die Tatsache einer "Erneuerung ganz desselben concreten Rechtsstreites" oder wenigstens einer "Erneuerung eines in dem früheren Rechtsstreite gerichtlich entschiedenen concreten Umstandes ..., soweit dieser Umstand eine wesentliche Bedingung für die Durchführbarkeit des neu erhobenen Anspruches bildet"-S. 558. Während das erste Argument der "Erneuerung ganz desselben concreten Rechtsstreites" keine konkreten Anhaltspunkte für die Abgrenzung mehrerer Prozesse im Hinblick auf ihren Streitgegenstand bietet, weist Wächter mit seinem zweiten Argument auf die Bedeutung der präjudiziellen Voraussetzungen eines Anspruches in einem zweiten Prozeß hin, die jedoch keinen Schluß auf die Übereinstimmung oder Nicht-Übereinstimmung der Prozesse in ihrem Streitgegenstand zulassen; vgl. Rosenberg Lehrbuch S. 740 unter a).

dienen [1]:

> C hatte als angeblicher Erbe des A gegen B die Erbschaftsklage geltend gemacht und war unterlegen; später erhob er eine Eigentumsklage auf Herausgabe einzelner Gegenstände mit der Begründung, da diese Gegenstände dem A gehört hätten, sei er - C - als Erbe des A Eigentümer der Gegenstände geworden. B konnte der neuen Klage die exceptio rei iudicatae entgegensetzen.

Die zunächst erhobene Erbschaftsklage war auf Herausgabe der Erbschaft, das bedeutet aller zu ihr gehörenden Gegenstände, gerichtet; das Herausgabeverlangen wurde begründet mit der Tatsache, daß durch ein bestimmtes Ereignis der Erbfall eingetreten und der Kläger Erbe des A und damit Eigentümer sämtlicher Nachlaßgegenstände geworden sei. Die spätere Eigentumsklage zielte auf Herausgabe einzelner Gegenstände aus dem Nachlaß des A, und sie war gestützt auf die Behauptung, der Kläger habe auf Grund des Erbfalles das Eigentum an den infragestehenden Gegenständen erlangt. - Aus dem Vergleich zwischen den beiden actiones ergibt sich, daß die Klagen zwar als Erbschafts- und Eigentumsklage mit verschiedenen materiellen Rechten verknüpft und folglich nicht identisch waren, dennoch aber, da sie beide von dem angeblichen Erbfall ausgingen, auf demselben Rechtsgrund beruhten; außerdem verfolgten beide actiones im wesentlichen das gleiche juristische Ziel, wenn der Kläger auch mit der ersten Klage die Herausgabe des gesamten Nachlasses, mit der zweiten actio hingegen nur die Erlangung einzelner Nachlaßgegenstände, also nur Teile jenes Ganzen erstrebte. Die Gegenüberstellung dieser beiden actiones erweist deutlich, daß sowohl die Erbschafts- als auch die Eigentumsklage Ausdruck eines und desselben Klagerechts waren, nämlich des durch den Erbfall begründeten Rechts, im Klagewege die Herausgabe der zu der Erbschaft gehörenden Gegenstände - insgesamt oder auch im einzelnen - von dem Erbschaftsbesitzer zu fordern. Da sich somit die Eigentumsklage auf dieselbe "res" bezog wie die bereits beschiedene Erbschaftsklage, war der Beklagte aus diesem Grunde berechtigt, der zweiten actio die exceptio rei iudicatae entgegenzuhalten.

Hingegen stand dem Beklagten die exceptio rei iudicatae nicht zu Gebote in folgendem von Wächter [2] angeführten Beispielsfall, in dem zwei scheinbar gleiche actiones dennoch nicht dasselbe Klagerecht verkörperten.

> C hatte als Cessionar des B den A aus einem Darlehen belangt, welches A von B erhalten hatte, und er war abgewiesen worden, weil er die Cession nicht hatte beweisen können; anschließend wollte er seine Klage erneuern und sie nunmehr darauf stützen, daß B ihm die Forderung später

---

1) Wächter S. 564, in etwas abgewandelter Form.
2) Wächter S. 562.

wirklich cedirt habe; diese neue Klage wurde von der Rechtskraft des ersten Urteils nicht berührt.

Hier bediente sich der Kläger zwar in beiden Fällen einer "Darlehnscessionsklage", und seine actiones entsprachen sich daher nach ihrer juristischen Qualifizierung ebenso wie nach der Art ihrer Begründung; trotz dieser Gleichartigkeit waren die actiones jedoch nicht identisch und beruhten nicht auf demselben Klagerecht. Während die zunächst erhobene actio auf die angebliche Zession des Darlehensanspruches in dem Zeitpunkt X zurückging und durch die Begleitumstände jener Zession konkretisiert wurde als "Zessionsrecht X in seiner Betätigung gegen den Willen des A", stützte sich die spätere actio auf die Abtretung der Darlehnsforderung in dem Zeitpunkt Z und wurde durch die Einzelheiten jenes zweiten Zessionsvorganges inhaltlich bestimmt, so daß den beiden actiones also jeweils ein gesonderter, durch andere konkrete Einzelumstände individualisierter materieller Anspruch zugrundelag. Da nun jede gemeinrechtliche actio kraft ihrer juristischen Wesensbestimmung als "materielles Recht in seinem notleidenden Zustand" ihren individuellen Charakter gewann aus der Verbindung mit einem speziellen, sowohl tatsachlich als auch rechtlich im einzelnen konkretisierten subjektiven Recht, führte in dem hier behandelten Beispielsfall die unterschiedliche Konkretisierung der beiden "Darlehnscessionsansprüche" auch zu einer entsprechend verschiedenartigen Individualisierung der actiones, in deren Gestalt die materiellen Ansprüche gerichtlich geltend gemacht werden sollten. So stimmten die beiden Klagen zwar in ihrer generellen juristischen Qualifizierung und ihrer abstrakten Einordnung in das Aktionensystem überein; der konkrete Grund der Klagen war jedoch in jedem Fall ein anderer, und infolgedessen waren auch die - durch den Grund und den Gegenstand der Klage in ihrer Eigenart geprägten - actiones selbst nicht identisch.

Darüberhinaus erwuchs die spätere actio auch nicht aus demselben Klagerecht, auf dem die zuerst erhobene actio beruhte. Das Klagerecht als solches war nämlich ebensowenig wie die einzelne actio ein rein theoretisches Prozeßinstitut oder ein abstrakter Begriff, mit welchem sich die Klagbarkeitsvoraussetzungen jedes beliebigen Rechtsfalles in gleicher Weise - unterschiedslos - hätten erfassen und zum Ausdruck bringen lassen. Jedes Klagerecht bezog sich vielmehr als "res de qua agitur" auf einen bestimmten konkreten Rechtsvorgang und wurde insofern durch die tatsächlichen und rechtlichen Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles inhaltlich ausgefüllt. Das hatte in dem hier behandelten Ausgangsfall zur Folge, daß der Kläger C durch den angeblichen ersten Abtretungsvertrag, sofern er rechtswirksam geschlossen war, außer einer materiellrechtlichen Darlehns-Gläubigerstellung zugleich ein spezielles Klagerecht aus gerade diesem Zessionsvertrag erlangte, welches es ihm ermöglichte, seine Gläubigerposition, die durch diese tatsächlich und rechtlich konkret gestaltete Abtretung begründet worden war, auf dem Klagewege gegenüber dem Darlehns-

schuldner A zu verwirklichen. Und auf entsprechende Weise erwarb C infolge des späteren Zessionsvertrages ein neues, inhaltlich wohl gleichartiges, jedoch wiederum selbständiges Klagerecht, welches seinerseits durch das tatsächliche und rechtliche Geschehen in Verbindung mit dem Abschluß jenes zweiten Abtretungsvertrages im einzelnen konkretisiert wurde.

Damit steht fest, daß die beiden Klagen, die C gegen den Darlehnsschuldner A vorbrachte, nicht auf ein und dasselbe Klagerecht zurückgingen; und es fehlte mithin in dem Verhältnis dieser actiones zueinander das Bindeglied der "eadem res", welches trotz mangelnder Identität der Klagen dennoch die exceptio rei iudicatae hätte rechtfertigen können.

e) Zusammenfassung der gemein-rechtlichen Ansichten über die Bedeutung der exceptio rei iudicatae

Abschließend lassen sich nach alledem die Überlegungen über die negative Funktion der exceptio rei iudicatae zu folgendem Ergebnis zusammenfassen:

Das Hauptkriterium, nach dem sich letzten Endes entschied, ob einer actio die exceptio rei iudicatae aus einem früheren Verfahren entgegengehalten werden konnte oder nicht, war das der "eadem res", der Identität des Klagerechts (und neben dieser "eadem res" kam der gelegentlich mit in die Erörterungen einbezogenen "eadem quaestio" ebenso wie im römischen Recht keine selbständige, abweichende Bedeutung zu). Da sich nun das einzelne Klagerecht mit der actio, die ihm nach außen Gestalt verlieh, insoweit deckte, als jede actio auf ein spezielles Klagerecht abgestimmt war und lediglich dieses, gerade ihr entsprechende Klagerecht wiedergab, entsprach in jedem Fall die Identität mehrerer actiones, die sich schon äußerlich nach Grund und Gegenstand der Klage, also prozessual nach fundamentum agendi und petitum, feststellen ließ, zugleich einer Identität des zugrundeliegenden Klagerechts. Erhob also ein Kläger mehrfach dieselbe actio, so konnte er sich dabei stets nur auf ein und dasselbe Klagerecht stützen, und folglich traf die exceptio rei iudicatae in ihrer negativen Funktion - auf jeden Fall - dann immer zu, wenn ein Vergleich zwischen der früheren und der späteren actio deren Identität ergab. Eine ausdrückliche, weitergehende Prüfung des Klagerechts erübrigte sich in derartigen Fällen; und in diesem Umstand mag der Grund dafür gesehen werden, daß die hier erwähnten Prozessualisten Renaud, Reinhardt und Osterloh ihre Erörterungen über die exceptio rei iudicatae generell auf die Identität der die verschiedenen Verfahren einleitenden actiones abstellten, dem Beklagten also die Einrede der Rechtskraft grundsätzlich dann zugestanden, wenn der Kläger nach dem rechtskräftigen Abschluß eines Prozesses erneut "die nämliche"

actio geltend machte. Mit den genannten Prozessualisten stimmte im übrigen auch Förster überein, der in seinen Betrachtungen über die materielle Rechtskraft unter anderem die Ansicht vertrat, die exceptio rei iudicatae solle verhindern, daß über denselben "Rechtsanspruch" der bereits durch ein Urteil verworfen worden sei, nochmals gerichtlich entschieden werde [1]. Wenn Förster [2] in diesem Zusammenhang den Begriff des "Rechtsanspruches" verwandte, so hob er damit nur anstelle der prozessualen Seite die materiellrechtliche Grundlage der actio hervor; denn es ist inzwischen wiederholt betont worden, daß die actiones als "materielle Rechte oder materielle Ansprüche in ihrer Betätigung gegen den Willen Anderer" galten. Dementsprechend konnte auch jeder materielle Rechtsanspruch nur in der Gestalt einer actio in einen Prozeß eingeführt werden, und aus diesem Grunde läßt sich jene Bemerkung Försters ohne weiteres dahin auslegen, daß nach der Rechtskraft eines Urteils nicht nochmals über dieselbe frühere "actio" gerichtlich entschieden werden sollte. Diese Gleichstellung des Rechtsanspruches mit der actio nahm Förster im übrigen selbst an einer anderen Stelle seines Lehrbuches [3] insofern vor, als er dort erklärte, die Wirkung der Rechtskraft bestehe darin, daß sie die abgeurteilte "Klage" verbrauche (konsumiere), so daß folglich - im Sinne der hier ausdrücklich von Förster vertretenen Auffassung - eine einmal abgeurteilte "actio" nicht ein zweites Mal erhoben werden konnte, ohne von der exceptio rei iudicatae erfaßt zu werden.

Obwohl insgesamt die Fälle, in denen mehrfach dieselbe actio geltend gemacht wurde, am häufigsten die Identität des Klagerechts zum Ausdruck gebracht haben mögen und daher unter Umständen überhaupt als die Regelfälle der "eadem res" angesehen wurden, so erschöpfte sich doch nach der Meinung einer Reihe von Prozessualisten und entsprechend der Regelung des römischen Rechtes die Identität des Klagerechts nicht in der Identität der actiones. Vielmehr lag auch einzelnen nicht identischen actiones jeweils dasselbe Klagerecht zugrunde, sofern sie im Verhältnis der - in ihren Eigenarten auf römischrechtliche Wurzeln zurückgehenden - Klagenkonkurrenz im engeren Sinne standen, und die in diesem Sinne konkurrierenden actiones waren deshalb als weitere Fälle der "eadem res" in die Rechtskraftlehre einzubeziehen. Inwieweit sich allerdings diese Auffassung während der Geltung des gemeinen Rechts durchgesetzt hatte, kann angesichts der im einzelnen dargelegten Meinungsverschiedenheiten unter den damaligen Prozessualisten nicht hinreichend sicher geklärt werden; festzustellen ist jedoch, daß das System des auf der Aktionengliederung basierenden gemeinen Prozesses grundsätzlich die Einbeziehung der i.e.S. konkurrierenden actiones in den Geltungsbereich der exceptio rei iudicatae forderte, da nur auf diese

1) vgl. oben S. 65.

2) und ebenso für das gemeine Recht Regelsberger S. 704.

3) Förster S. 277.

Weise dem besonderen Charakter derartig konkurrierender actiones innerhalb des gemeinrechtlichen Prozeßaufbaues Rechnung getragen werden konnte.

Wenn nun auch letztlich die Frage offen bleiben muß, ob sich während des gemeinen Rechts eine "herrschende Ansicht" zugunsten der engeren oder der weiteren Auffassung gebildet hatte, so trifft doch für beide Ansichten in gleicher Weise die Feststellung zu, daß sie mit den übrigen hier behandelten Prozeßinstituten der Streitgegenstandslehre insofern in Einklang standen, als sie beide generell nach den actiones orientiert waren, in welchen die einzelne res als das für die exceptio rei iudicatae entscheidende Kriterium prozessual in Erscheinung trat.

IV. DIE ENTWICKLUNG DES AKTIONENSYSTEMS IM GEMEINEN RECHT AUS DER SICHT DES RÖMISCHEN RECHTS

Nachdem bisher die einzelnen "Bewährungspunkte" des Streitgegenstands in ihrer gemeinrechtlichen Gestaltung insoweit aufgezeigt worden sind als es für die Darstellung der Entwicklung des Streitgegenstandes erforderlich und zudem nach den in dieser Hinsicht nicht sehr detaillierten gemeinrechtlichen Prozeßdarstellungen möglich erschien, sollen nunmehr zusammenfassend die wesentlichen Grundzüge hervorgehoben werden, in denen sich die Fortentwicklung des Aktionensystems in seiner für die Lösung der Streitgegenstandsprobleme entscheidenden Bedeutung seit dem römischen Recht besonders deutlich ausgeprägt hat.

Im Rahmen dieser Zusammenfassung ist zunächst auf die ständige Zunahme und Neubildung von actiones hinzuweisen, die es dem Einzelnen unmöglich gemacht haben würde, in demselben Umfang wie zur Zeit des römischen Rechts jede einzelne actio in ihrer individuellen Eigenart und ihren strengen formellen Voraussetzungen zu kennen und von sämtlichen übrigen actiones zu unterscheiden. Mit der zunehmenden Anerkennung neuer actiones ging jedoch schon seit der Entstehung des kanonischen Rechts eine Auflockerung ihrer früheren römischen Formenstrenge Hand in Hand, die im besonderen gefördert wurde durch das mit dem kanonischen Recht einsetzende neue Verständnis der actio in ihrer Bedeutung für den Bereich der materiellen Rechtsordnung einerseits und ihrer Zuordnung zu dem Gebiet des Prozeßrechts andererseits. Die actio ließ sich nämlich nicht mehr, wie es für das römische Recht festgestellt worden ist, mit dem materiellen Anspruch gleichsetzen, sondern sie wurde im gemeinen Recht allgemein aufgefaßt als die prozessuale Gestalt, die jeder - grundsätzlich materielle - Anspruch zum Zwecke der gerichtlichen Durchsetzung annehmen

konnte; und dementsprechend machte auch der gemeinrechtliche Kläger mit Hilfe der actiones, die sich allerdings im einzelnen weiterhin nach dem materiellen Recht ausrichteten, nur noch von einer gesetzlich vorgesehenen, generellen Durchsetzbarkeit seines materiellen Anspruches Gebrauch. Wenn sich zwar das Gesamtsystem der actiones insoweit noch an das römische Recht anlehnte, als jede gemeinrechtliche actio ebenso wie im römischen Recht mit einem speziellen materiellen Recht verknüpft blieb und auf diese Weise mit einer besonderen Individualität ausgestattet war, in die der individuelle Gegner mit einbezogen wurde, so zog doch die stärker prozessual verallgemeinerte Bedeutung der actiones zugleich eine Verallgemeinerung ihrer äußeren Form nach sich, und es entsprach nicht mehr jeder einzelnen actio eine vorgeschriebene, ihrer besonderen Individualität angepaßte Form beziehungsweise Formel. Vielmehr trat an die Stelle der früher starren, spezialisierten Formerfordernisse eine gewisse Schematisierung sämtlicher actiones, die sich darauf konzentrierte, die wesentlichen für alle actiones gleichermaßen charakteristischen Bestandteile hervorzuheben, nämlich einerseits den Grund und andererseits den Gegenstand der Klage.

Da die actio als "materieller Anspruch in seiner Betätigung gegen den Willen Anderer" betrachtet wurde, und da jeder materielle Anspruch ein bestimmtes Verlangen rechtfertigte, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt waren, bot sich diese Zweigliederung der actiones nach Begehren und Begründung, nach Klagegegenstand und Klagegrund, als sinngemäß und selbstverständlich an, nachdem im übrigen schon die formula des römischen Prätors durch eine mehrgliedrige Grundanlage gekennzeichnet gewesen war. Allerdings zeigt ein Vergleich zwischen der römischen formula und der gemeinrechtlichen actio in ihrer zweigliedrigen Zusammensetzung neben den Ähnlichkeiten sogleich die grundsätzlichen Verschiedenheiten der beiden Prozeßmittel auf: Die römische formula faßte die Entscheidungsanweisung des Prätors an den Judex zusammen in einer Gliederung ihrer Hauptbestandteile, der "intentio" und der "condemnatio", im Verhältnis einer Bedingung zu der sich aus ihr ergebenden Folgerung; und zwar enthielt die intentio in der - schematisierten - Form "si paret N^m N^m A^o A^o x dare oportere" die Bedingung, die condemnatio "iudex N^m N^m A^o A^o in x condemnato" (entsprechend: "si non paret, absolvito") hingegen den bedingten Kondemnationsbefehl [1]. Wenn sich nun auch zwischen dieser condemnatio der römischen formula und dem Klagegegenstand der gemeinrechtlichen actio auf der einen Seite, sowie zwischen dem gemeinrechtlichen Grund der Klage und der römischen intentio gemeinsam mit der die Klagetatsachen beschreibenden "demonstratio" auf der anderen Seite [2] in gewissem Sinne eine Parallele

1) v. Czyhlarz S. 364/365; Goldschmidt S. 7.

2) vgl. oben S. 7.

ziehen läßt, so bestehen doch grundlegende Gegensätze, die im besonderen die Behandlung und Lösung der Streitgegenstands-Probleme zur Zeit des römischen Formularprozesses sowie während der gemeinen Rechtsperiode beeinflußten. Während nämlich die gemeinrechtliche actio das begründete Begehren des Klägers zum Ausdruck brachte, welches dieser im Einzelfall abändern, mit anderem Begehren kumulieren oder auch ein zweites Mal gerichtlich geltend machen konnte, gab die römische formula die gewissermaßen "gerichtsinterne" Anweisung des Prätors an den Judex wieder, die dem unmittelbaren Einfluß des Klägers entzogen war. Auf die Bildung der formula wirkte der römische Kläger nur insofern - indirekt - ein, als er die seinem jeweiligen Begehren entsprechende und in jedem Einzelfall an strenge Formvoraussetzungen gebundene actio erheben mußte, die dann zum Zwecke der Durchführung des weiteren Verfahrens, insbesondere des Verfahrensabschnittes "apud iudicem", in die äußere Form der nach intentio, demonstratio und condemnatio gegliederten formula gefaßt wurde. Die Bestimmung dieser formula lag ausschließlich bei dem Magistrat, in der Regel dem Prätor; für den Kläger hingegen war von entscheidender Bedeutung nur die Wahl der zutreffenden "individuellen" actio, die zwar in allen Einzelheiten sowohl inhaltlich als auch formell von vorneherein festgelegt war, dennoch aber in dieser ihrer vorgegebenen Form im Gegensatz zu der formula insgesamt ein einheitliches Ganzes bildete.

Soll nun ein Vergleich mit der gemeinrechtlichen actio deren verfahrensrechtlicher Stellung und ihren prozessualen Funktionen Rechnung tragen, so kann er sinnentsprechend nicht auf die mehrgliedrige formula des römischen Prätors bezogen, sondern muß auf die komplexe, formstrenge actio des römischen Klägers abgestellt werden. Und eine derartige Gegenüberstellung der römischen und der gemeinrechtlichen actio zeigt deutlich deren charakteristische Eigenarten auf: Solange jede actio im römischen Sinne als durch spezielle Einzelmerkmale geprägtes, einheitliches "Individuum" aufgefaßt wurde, war sie auch in dieser individuell einheitlichen Gestalt maßgebend für die Feststellung etwaiger Klageänderungen oder Klagenkumulationen; und die Bestimmung der Identität mehrerer actiones richtete sich ebenfalls nach der formgebundenen Individualität der einzelnen actio aus. Sobald sich aber nicht mehr jede actio als einheitliches Ganzes durch eine ausschließlich für sie charakteristische äußere Form und Gestalt auszeichnete, mußte die Individualität der actiones auf bestimmte allgemeine Merkmale gegründet werden, an Hand deren nunmehr Klageänderungen und Kumulationen sowie Rechtshängigkeit und Rechtskraft zu erkennen und zu beurteilen waren.

Während eine Klageänderung im römischen Recht dann vorlag, wenn das nach Form und Inhalt festgelegte "Individuum" actio eine Änderung irgendeiner Art erfuhr, bewirkte im gemeinen Recht jede wesentliche Änderung eines der bei-

den Klagebestandteile, des Grundes oder des Gegenstandes der Klage, eine Veränderung des Streitgegenstandes. Setzte eine Klagenkumulation im römischen Recht voraus, daß gleichzeitig zwei (oder auch mehrere) selbständige actiones erhoben wurden, so galt im gemeinen Recht jede Häufung sowohl der Klagegegenstände als auch der Gründe der Klage gleichermaßen als Klagenkumulation. Und soweit als Voraussetzung der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft - abgesehen von dem Kriterium der res - in mehreren Prozessen dieselbe actio geltend gemacht sein mußte, war im gemeinen Recht jeweils die Identität der beiden Klagehauptbestandteile, der Klagegegenstände und Klagegründe erforderlich, wohingegen im römischen Recht die zu vergleichenden actiones als einheitliche Individuen in Form und Inhalt insgesamt hatten übereinstimmen müssen.

4. KAPITEL

DIE WEITERENTWICKLUNG DES PROZESSRECHTS IM BEREICH DER STREITGEGENSTANDSLEHRE

I. DIE UMDEUTUNG DER GEMEIN-RECHTLICHEN ACTIONES IN MATERIELLE ANSPRÜCHE UNTER DEM EINFLUSS VON WINDSCHEIDS "ACTIO"

Eine einschneidende Wandlung in der Entwicklung des Aktionendenkens und der Bedeutung der actiones für das Prozeßrecht im allgemeinen sowie für die Streitgegenstands-Probleme im besonderen setzte im Jahre 1856 ein mit der Monographie Windscheids von der "actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts". Diese Fortentwicklung erstreckte sich nicht nur auf die formelle, aus Klagegegenstand und Grund zusammengesetzte Gestalt der actiones, sondern sie erfaßte die actio selbst als Institut des Prozeßrechts in ihren historischen Grundlagen und ihrem durch die historische Entstehung geprägten Wesen, das gleichermaßen durch prozessuale sowie durch materielle Elemente bestimmt war.

Mit seinem Bestreben, durch ein neues Verständnis der actio die "Theorie des heutigen römischen Rechts zu läutern" [1] und allgemeine Rechtssätze und Rechtsgedanken des römischen Rechts auf die seit der klassischen Zeit weitgehend gewandelte Rechtsanschauung zu übertragen und an sie anzupassen, leitete Windscheid praktisch die Auflösung des Aktionendenkens ein. Er versetzte nämlich die actio gewissermaßen aus dem Prozeßrecht ausschließlich in das materielle Recht und zerstörte damit ihre charakteristische verbindende Zugehörigkeit zu den beiden Rechtsgebieten. Aus historischer Sicht gesprochen vollzog Windscheid auf diese Weise den letzten, abschließenden Schritt in einer Entwicklung, die sich schon in dem kanonischen Recht angebahnt und sich seither in zunehmendem Maße von dem klassischen römischen Recht, das bedeutet insbesondere von der klassischen römischen actio, entfernt hatte.

Windscheid umschrieb die actio des "heutigen Rechts" zunächst [2] als "die Befugnis, seinen Willen durch gerichtliche Verfolgung durchzusetzen", und er bezog dabei das Element des gerichtlichen Schutzes, also einen prozessualen Wesenszug, mit in diese vorläufige Definition der actio ein. Im Verlauf seiner weiteren Erörterungen hob er jedoch hervor, daß für die Rechtsanschauung seiner Zeit - im Gegensatz zu dem römischen Rechtsbewußtsein - die gerichtliche

1) actio S. 2.

2) actio S. 3.

Verfolgbarkeit erst die Konsequenz des Rechtes sei [1] und das Klagerecht "nichts als ein Schatten des Rechts, ein Ding, das in diesem aufgeht, nur von diesem sein Leben herleitet" [2], und dem somit anders als der römischen actio keine selbständige rechtliche Bedeutung zukommen könne. Auf Grund dieser Erkenntnis übertrug Windscheid die actio nunmehr ohne ihre bisherige prozessuale Bedeutung, die er zwar seinen eigenen Worten nach nicht völlig übersehen wissen wollte [3], in die Sprache der damaligen Rechtsauffassung; und er stellte als Ergebnis seiner Betrachtungen fest, actio sei "der Ausdruck für dasjenige, was man von einem Andern verlangen kann", das heißt kurz zusammengefaßt, actio sei "der Ausdruck für den rechtlich anerkannten Anspruch", oder geradezu "der Ausdruck für den Anspruch" [4]. Windscheid setzte mithin an die Stelle der actio den Begriff des Anspruches, und zwar im Sinne eines materiellen Anspruchs [5] und unter diesem Gesichtspunkt untersuchte er in seiner Monographie im einzelnen die verschiedenartigen Funktionen der actio des römischen und des gemeinen Rechts, um sie auf die neu gewonnene Rechtsanschauung abzustimmen und mit der Deutung der actio als eines "Anspruches" in Einklang zu bringen.

Mit dieser Umdeutung in den "Anspruch" löste Windscheid die actiones aus dem Gefüge des Prozeßrechts heraus und gliederte sie in die materielle Rechtsordnung ein; und er zog auf diese Weise zugleich eine - von seinem Standpunkt aus konsequente - Trennungslinie zwischen dem prozessualen und dem materiellen Denken, welches sich bisher in den actiones weitgehend überschnitten hatte [6]. Sowie die früheren actiones als "Ansprüche" aufgefaßt wurden, waren sie reine Bestandteile der materiellen Rechtsordnung und folgten als solche nunmehr ihren eigenen, dieser materiellen Rechtsordnung unterliegenden Gesetzen. Hingegen verloren sie ihre ursprünglichen charakteristischen Funktionen im Bereich des Prozeßrechts, und die "Ansprüche" konnten insoweit nicht als Ersatz für die "actiones" dienen, da ihnen das prozessuale Element fehlte, durch welches sich die actiones seit dem römischen Recht ausgezeichnet hatten. Selbst wenn man die frühere Aktionengliederung als Anspruchsgliederung an die neue Rechtsanschauung hätte angleichen wollen, so ließ sich eine derartige Anspruchsgliederung doch nicht in das Prozeßrecht übertragen, und sie war nicht geeignet, das Aktionensystem in seiner prozessualen Bedeutung, insbesondere im Hinblick auf die Gestaltung und Lösung der Streitgegenstands-Probleme, zu ersetzen oder abzulösen. Dies wird deutlich, wenn man sich folgenden Fall in seinen - denkbaren -

---

1) actio S. 6.
2) actio S. 229.
3) actio S. 7.
4) actio S. 5/6.
5) vgl. Wach Feststellungsanspruch S. 19/20 und Henckel S. 20.
6) vgl. dazu Hellwig S. 121.

Konsequenzen vergegenwärtigt: A hat eine in seinem Eigentum stehende bestimmte Sache an B verliehen und verlangt sie nach dem Ablauf der vereinbarten Leihfrist von B zurück; er kann den geltend gemachten Herausgabeanspruch also sowohl auf sein Eigentum als auch auf den mit B geschlossenen Leihevertrag stützen. Wollte man nun hier entsprechend der von Windscheid vorgeschlagenen neuen Auslegung der actio an die Stelle der früheren dinglichen und der vertraglichen "actio" den Eigentums"anspruch" und den Leihe"anspruch" setzen, so müßte der Übergang von dem ersteren zu dem letzteren als Klageänderung gewertet werden; eine gleichzeitige Geltendmachung sowohl des Eigentumsrechts als auch des Vertragsanspruches wäre als Klagenkumulation zu beurteilen; und die Rechtshängigkeit oder rechtskräftige Entscheidung eines der beiden "Ansprüche" dürfte die weitere selbständige Erhebung auch des zweiten "Anspruches" nicht ausschließen - vorbehaltlich der Rechtskrafterstreckung auf die im engeren Sinne konkurrierenden actiones. Daß eine derartige Regelung dem prozessualen Sinn des Klageänderungs- und Kumulationsprinzips sowie dem ebenfalls prozeßrechtlich ausgerichteten Grundgedanken der Rechtshängigkeits- und Rechtskraftlehre, wie sie sich seit der Geltung des römischen Rechts historisch entwickelt hatten, nicht entspräche, leuchtet ohne weiteres ein. Die angedeutete Regelung ließ sich zwar rechtfertigen, solange das Eigentumsrecht und das Leiherecht mit speziellen, der Prozeßordnung angehörenden actiones verknüpft waren, welche selbständig und auf jeweils individuelle Weise nach besonderen prozessualen Gesichtspunkten ihr Ziel verfolgten, wobei allerdings die Besonderheit der römischen und gemeinrechtlichen Aktionenkonkurrenz im engeren Sinn außer Betracht bleiben soll. Als jedoch diese actiones in Ansprüche umgewandelt wurden und damit ihren individuell prozessualen Charakter verloren, unterlagen sie naturgemäß in vollem Umfang den materiellen Rechtsregeln, und sie besaßen infolgedessen für das Prozeßrecht nur noch die - gegenüber den früheren actiones zweitrangige - Bedeutung von rechtlichen Gesichtspunkten, nach denen die materielle Erfolgsaussicht einer Klage zu beurteilen war.

Für die prozessuale Beurteilung war in jedem Fall das Ziel ausschlaggebend, welches der Kläger auf Grund bestimmter tatsächlicher Einzelumstände mit Hilfe der Klage zu erreichen suchte. Wollte man dieses prozessuale Ziel durch die materiellen "Ansprüche" konkretisieren, so ergäbe sich in dem hier gewählten Beispielsfall die Folgerung, daß der Kläger sowohl mit dem Eigentums"anspruch" als auch mit dem auf dieselben tatsächlichen Umstände gestützten Leihe"anspruch" ein- und dasselbe Ziel, nämlich die Herausgabe der verliehenen Sache, erstrebte. Wenn der Kläger aber ein dergestalt einheitliches prozessuales Ziel verfolgte, und sei es auch unter verschiedenen materiell-rechtlichen Gesichtspunkten, so konnte es sich dabei - im modernen prozeßrechtlichen Sinne - nur um einen einzigen, identischen "Streitgegenstand" handeln, obwohl zwei unterschiedliche "Ansprüche" geltend gemacht waren. Der materielle

"Anspruch" wies folglich in seiner allgemein rechtlichen Bedeutung ebenso wie in seinen speziellen Auswirkungen auf das Prozeßrecht grundlegende Wesensunterschiede gegenüber dem heutigen Streitgegenstand auf, und im Gegensatz zu den prozessual individualisierten römischen und gemeinrechtlichen actiones waren die materiell geprägten Ansprüche als Maßstab für die Gestaltung prozessualer Grundregeln nicht geeignet. Während die actiones seit dem römischen Recht als Bestandteile der Prozeßordnung weitgehend die Entwicklung typisch prozessualer Grundprinzipien beeinflußt hatten, da das damalige Prozeßrecht im Grunde auf dem Aktionensystem aufgebaut war, standen die von Windscheid als Ersatz für die actiones vorgeschlagenen "Ansprüche" dem Prozeßrecht als fremde Elemente gegenüber und mußten sich dementsprechend dem Prozeßrecht und seinen Zwecken unterordnen.

Die materiellen Ansprüche vermochten nach alledem weder eine mit den Funktionen der früheren actiones vergleichbare, selbständige Stellung innerhalb der Prozeßordnung einzunehmen, noch konnten sie etwa die actiones in ihrer prozessualen Eigenart, in welcher sie gewissermaßen Vorläufer des modernen Streitgegenstandes gewesen waren, ersetzen.

II. DIE GESETZLICHE ABLÖSUNG DES AKTIONENSYSTEMS DURCH DAS ANSPRUCHSRECHT IN DER ZIVILPROZESSORDNUNG

Dennoch setzte sich der von Winscheid eingeführte Begriff des "Anspruchs" anstelle der "actio" in zunehmendem Maße durch, und er verdrängte innerhalb weniger Jahre seit dem Erscheinen der Monographie die früheren actiones, die infolge ihrer historischen Entstehung in das Prozeßrecht eingegliedert und den Besonderheiten der wesentlichen prozessualen Grundregeln angepaßt gewesen waren. Diese Entwicklung erreichte ihren Höhepunkt und zugleich ihren Abschluß mit der Gesetzesfassung der Zivilprozeßordnung, in welcher der Begriff der "actio" nicht mehr verwandt wurde. Außer der Bezeichnung der actiones beseitigten die Verfasser der Zivilprozeßordnung jedoch vor allem das gesamte vielfältige Aktionensystem, da die differenzierte Gliederung der actiones - selbst in deren in formeller Hinsicht abgeschwächter gemeinrechtlicher Gestalt - infolge der sich seit der Jahrhundertwende ständig beschleunigenden modernen Rechtsentwicklung zunehmend höhere Anforderungen an die Rechtskenntnisse des einzelnen Prozeßführenden gestellt haben würde und sich deshalb mit der Einrichtung des modernen Parteiprozesses, und zwar speziell des "reinen" Parteiprozesses vor dem Amtsgericht, nicht hätte vereinbaren lassen.

Anstelle des aufgehobenen Aktionensystems führten die Verfasser der Zivilprozeßordnung eine neue generelle Kategorisierung der Klagen nach dem Klageziel

in Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsklagen ein, ohne allerdings diese drei Klagearten bei der Formulierung der allgemeinen, für sämtliche Klagen einheitlich und unterschiedslos geltenden Vorschriften gleichmäßig zu berücksichtigen. Man richtete sich vielmehr bei der Fassung jener allgemeinen Verfahrensbestimmungen im wesentlichen nach dem Haupt-Klagetypus, nämlich nach den Leistungsklagen, aus, mit denen ein Anspruch auf eine Leistung oder überhaupt ein Anspruch im Sinne des materiellen Rechts geltend gemacht wurde [1]. Diesen zivilrechtlichen Anspruch, der sich mit dem materiellen Anspruch Windscheids deckte, faßten die Verfasser der Zivilprozeßordnung allgemein als Gegenstand des Prozesses auf, ohne insofern die besonderen Rechtsschutzformen der Gestaltungs- und Feststellungsklagen zu berücksichtigen [2]. Sie übernahmen infolgedessen - wohl mit in Anlehnung an die frühere Streitgegenstandsbedeutung der actio - den von Windscheid als Ersatz für die actio eingeführten Begriff des Anspruchs bei der Formulierung einer Reihe von Bestimmungen, die sich mit den Problemen des Streitgegenstandes auseinandersetzten [3], so beispielsweise in der Kumulationsvorschrift des § 260, der Rechtshängigkeitsbestimmung des § 281 sowie in der Grundregel der materiellen Rechtskraft in § 322 Abs. 1. Obwohl jene Regelungen sämtlich einen typisch prozessualen, auf die besonderen Anforderungen des Prozeßrechts zugeschnittenen Charakter hatten, verstanden doch die Verfasser der Zivilprozeßordnung den "Anspruch" in den genannten Vorschriften in einem rein materiell-rechtlichen Sinn [4], und es gelang ihnen demzufolge nicht, in der Gestalt dieser Ansprüche eine der Bedeutung des Aktionensystems gleichwertige und der Eigenart der Streitgegenstands-Probleme angemessene Verbindung zwischen dem Prozeßrecht und dem materiellen Recht herzustellen. Hier wirkte sich der Umstand aus, daß den "Ansprüchen" der spezifisch prozessuale Akzent fehlte, der unter dem Gesichtspunkt eines "Streitgegenstandes" jegliche Klagen und Klagearten ohne Rücksicht auf ihre unterschiedlichen Rechtsschutzformen gleichmäßig hätte erfassen können.

Bereits wenige Jahre nach dem Inkrafttreten der Zivilprozeßordnung erkannten die Prozessualisten, daß der Begriff des Anspruchs lediglich den Leistungsklagen angepaßt war, den Besonderheiten der positiven und negativen Feststellungs- und der Gestaltungsklagen jedoch nicht gerecht wurde. Denn diese letzteren Klagen dienten nicht wie die Leistungsklagen der Durchsetzung eines materiellen Anspruchs; dennoch besaßen auch die Feststellungs- und Gestaltungsprozesse einen Streit- oder Prozeßgegenstand, auf welchen sich die Kumulations- und

---

1) Nikisch in AcP 154, S. 273, S. 288; Kisch S. 7.

2) Nikisch Streitgegenstand S. 45; Kisch S. 8; Sauer S. 193; Henckel S. 25.

3) Brox S. 128; Henckel S. 21; Nikisch in AcP 154, S. 273.

4) Nikisch in AcP 154, S. 273; Habscheid S. 20/21; vgl. auch Hellwig S. 122.

Klageänderungs-, die Rechtshängigkeits- und Rechtskraftbestimmungen bezogen. Auf Grund von Vergleichen der Leistungsklagen mit den Gestaltungs- und im besonderen den Feststellungsklagen setzte sich allmählich die Erkenntnis durch, daß der materielle Anspruch, wie ihn die Verfasser der Zivilprozeßordnung aufgefaßt hatten, nicht mit dem in jenen allgemeinen Vorschriften sinngemäß geregelten "Streitgegenstand" identisch sein konnte, sondern daß über den materiellen Anspruch hinaus ein durch prozessuale Elemente bestimmter, umfassender "Streitgegenstand" existieren mußte, der in jedem zivilprozessualen Erkenntnisverfahren gleichermaßen zum Ausdruck kam [1].

III. DER RECHTSSCHUTZANSPRUCH IM SINNE VON WACH UND HELLWIG UND SEIN VERHÄLTNIS ZU DEM "ANSPRUCH" DER ZIVILPROZESSORDNUNG

Diese Erkenntnis geht in ihrer vollen Klarheit letztlich auf Adolf Wach zurück [2], der sich sowohl in seinem "Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts" aus dem Jahre 1885 als auch in der Monographie über den Feststellungsanspruch aus dem Jahre 1889 eingehend mit dem Verhältnis zwischen dem "Anspruch" und dem Streit- oder Prozeßgegenstand beschäftigte. Wach stellte zunächst fest, der Begriff des Anspruchs werde in der Zivilprozeßordnung "nicht in nur einerlei Sinn gebraucht"; in einer Reihe von Vorschriften bedeute das Wort Anspruch allerdings ein subjektives befriedigungsbedürftiges Recht, ein "materielles Recht in seiner Richtung gegen eine bestimmte Person", und dieses materielle Recht stelle den "civilrechtlichen Gegenstand des Streites" dar [3]. Außer in der angegebenen materiellrechtlichen Bedeutung - führte Wach dann weiter aus - verwende die Zivilprozeßordnung den "Anspruch" aber häufig in einem anderen, prozessualen Sinn, nämlich als "Anspruch auf Gewährung prozessualischen Rechtsschutzes" [4], also als Anspruch mit einer "speziellen Tendenz auf die Rechtsschutzhandlung" hin [5]; und zwar komme diese Bedeutung dem Begriff des Anspruchs beispielsweise in den allgemeinen Verfahrensvorschriften der §§ 254 (jetzt 281), 277 (jetzt 306), 278 (jetzt 307) und anderen zu, die nicht auf Leistungsklagen beschränkt seien, sondern ebenso positive und negative Feststellungsklagen regeln könnten, deren Gegenstand nicht ein materieller Anspruch des Klägers sei [6].

---

1) Henckel S. 25.
2) Blomeyer S. 56; Hellwig S. 45 Anm. 1).
3) Handbuch § 23 unter 2 c) und § 2 unter II.
4) Handbuch § 2 unter IV.
5) Handbuch § 23 unter 2d).
6) Handbuch § 23 unter 2 d); und § 2 unter IV.

Diesen auf das Wesen des Prozesses als eines "Mittels zur Gewährung des gerechten Rechtsschutzes" abgestimmten Anspruch bezeichnete Wach als "Rechtsschutzanspruch", und er definierte ihn [1] als den "durch das Recht an den außerprozessualen Tatbestand angeknüpften Anspruch gegenüber dem Staate, das Rechtsschutzinteresse in prozeßordnungsmäßiger Form gegenüber dem Beklagten zu befriedigen, den Anspruch gegenüber dem Gegner, die Rechtsschutzhandlung zu dulden", oder auch kürzer [2] als "das Recht auf civilprocessualischen Schutz, auf den Rechtspflegeakt, welcher das Ziel des Prozesses bildet". Im Gegensatz zu dem materiellen Anspruch, den er als zivilrechtlichen Gegenstand eines Streites ansah, hielt Wach den Rechtsschutzanspruch generell für den prozessualen Gegenstand eines jeden Zivilprozesses, also für den einheitlichen Prozeß- oder Streitgegenstand aller Leistungs-, Feststellungs- und auch Gestaltungsprozesse [3], das heißt er faßte den Rechtsschutzanspruch praktisch im Sinne des modernen Streitgegenstandes auf [4]. Im übrigen nahm er an, in dem Rechtsschutzanspruch sei "die Brücke geschlagen vom Privatrecht zum Prozeß" [5]; denn in ihm "empfange das Privatrecht seine publizistische Kräftigung und setze der Staat sich selbst als Garantie und Schutzwehr des Privatrechts" [6], so daß der Rechtsschutzanspruch die Bedeutung eines "zwar dem Privatrecht sekundären, aber doch relativ selbständigen, Privatrecht und Prozeß verbindenden öffentlichen Rechtes" habe [7]. Dieser Ansicht ist - jedenfalls von dem hier vertretenen Standpunkt aus - zunächst Wachs eigene Argumentation insofern entgegenzuhalten, als er im Rahmen der Definition seines Rechtsschutzanspruchs betonte, der Rechtsschutzanspruch sei nicht eine "Funktion" des subjektiven materiellen Rechts, nicht dessen "publizistische Seite" oder eine ihm "immanente Erzwingbarkeit" [8], sondern er sei rein "publizistischer Natur" [9]. Und selbst wenn Wach ausführte, der Rechtsschutzanspruch sei als Anspruch gegenüber dem Staat "an den außerprozessualen Tatbestand angeknüpft", so vermochte diese Anknüpfung doch die ausgeprägt publizistische Natur des Rechtsschutzanspruchs nicht wesentlich zu beeinflussen oder zu verändern. Sie erscheint daher kaum geeignet, eine Verbindung zwischen dem Privatrecht und dem Prozeßrecht zu begründen, es sei denn man stellte die Betrachtung ab auf eine abstrakt theoretische,

---

1) Handbuch § 2 unter IV.
2) Feststellungsanspruch S. 15.
3) Handbuch § 2 unter IV; Feststellungsanspruch S. 15.
4) vgl. Blomeyer S. 56/57; Sauer S. 551; Habscheid S. 99.
5) Feststellungsanspruch S. 27.
6) Feststellungsanspruch S. 27.
7) Feststellungsanspruch S. 14/15.
8) Handbuch § 2 unter IV; Feststellungsanspruch S. 15.
9) Feststellungsanspruch S. 15.

vom Einzelfall unabhängige Verbindung der beiden Rechtsordnungen, wobei jedoch praktikable, für die Streitgegenstandslehre verwertbare Erkenntnisse nicht gewonnen werden können. Soweit der Rechtsschutzanspruch dem einzelnen konkreten Prozeß innewohnen sollte, ist festzustellen, daß ihm eine privatrechtliche Konkretisierung, wie sie gerade das Wesen der actiones bestimmt hatte, fehlte, und daß er demgegenüber einen ausgesprochen prozeß-öffentlichen und zumindest in der Tendenz generell abstrakten Charakter aufwies.

Dieser öffentlichrechtlich publizistische Akzent des Rechtsschutzanspruchs fand in der Folgezeit eine noch stärkere Ausprägung durch die Ausführungen von Konrad Hellwig, der die von Wach begründete Theorie weiter ausbaute und auf der Grundlage des Rechtsschutzanspruchs ein ausschließlich gegen den Staat gerichtetes und von jeglichem zivilistischen Zubehör befreites "Klagerecht" entwickelte [1], welches er umschrieb als "das Recht zur Klage", oder "die Berechtigung, im Wege der Klage von den Gerichten den Erlaß eines Urteils bestimmten Inhalts zu verlangen" [2]. Das Klagerecht im Sinne Hellwigs bestand also "gegenüber den Gerichten als den Organen der Staatsgewalt", und sein "Inhalt war Gewährung des Rechtsschutzes durch Urteil" [3]. Dieses Klagerecht bezog sich nun weder auf den individuellen, durch die Klage eingeleiteten Prozeß, noch lehnte es sich in irgend einer Form an die konkreten Berechtigungen und Verpflichtungen des materiellen Rechts an, die mit Hilfe des Prozesses realisiert werden sollten. Wenn das Klagerecht auch bezeichnet wurde als Recht, im Klagewege den Erlaß eines Urteils "bestimmten Inhalts" zu begehren, so kann diese Angabe doch nur als allgemeine Beschreibung des Urteils gewertet werden; denn sie enthält keinen Hinweis darauf, nach welchen Gesichts- und Anhaltspunkten der Inhalt des erstrebten Urteils im Einzelfall "bestimmt" werden sollte. Im übrigen brachte Hellwig in seiner eigenen Definition, nach welcher das Klagerecht generell "das Recht auf Gewährung des Rechtsschutzes durch Urteil" war, klar und eindeutig die prozessual-publizistische, rein abstrakte und von jeder Bindung an das materielle Recht losgelöste Eigenart seines Klagerechtes zum Ausdruck.

Blendet man hier noch einmal zurück in die Zeit, in der Windscheid seine Monographie über die actio veröffentlichte und damit den Grundstein legte für die Entwicklung der späteren Auffassungen der actio als eines materiellen Anspruches einerseits oder - in betontem Gegensatz dazu - als eines publizistischen Rechtsschutzanspruchs oder Klagerechts andererseits, so stellt man fest, daß der Gegensatz zwischen materiellrechtlicher und prozessual-publizistischer Auslegung der actio bereits in jener Zeit seinen Ursprung hat, daß nämlich nicht nur der "An-

---

1) so Habscheid S. 99.
2) Hellwig S. 145.
3) Hellwig S. 148.

spruch", sondern auch der "Rechtsschutzanspruch" in gewissem Sinne auf einen Vorläufer in der damaligen Zeit zurückgeht. Und zwar bildet diesen Vorläufer des Rechtsschutzanspruches das von Theodor Muther in seiner Kritik der Monographie Windscheids im Jahre 1857 gepragte "Recht des in seinem Recht Verletzten auf Staatshilfe" [1], in dem Muther die auf den Rechtszustand seiner Zeit zugeschnittene bedeutung der actio zu erkennen glaubte. Muther lehnte sich bei dieser Auslegung der actio an seine eigene Definition der römischen actio an, welche er aus seiner kritischen Einstellung gegenüber der materiellrechtlichen Auslegung Windscheids heraus als den "publizistischen, gegen den Prator als Trager der Justizhoheit des Staates gerichteten Anspruch auf Erteilung der Formula" [2], also des damaligen Rechtsschutzmittels, auffaßte. Muther betonte mithin sowohl in der römischrechtlichen als auch in der gemeinrechtlichen Deutung der actio einseitig nur deren prozessuale Seite, nachdem Windscheid sich speziell auf ihre materielle Bedeutung konzentriert hatte; und im Gegensatz zu diesen beiden Ansichten lag die besondere Eigenart der actio gerade darin, daß sie beide Elemente, das prozessuale und das materielle, in sich vereinigte und auf Grund dieser Verbindung ihre charakteristische Stellung innerhalb des Prozeßrechts und gleichermaßen innerhalb der materiellen Rechtsordnung einnahm.

Ebenso wie Windscheid und Muther in den Jahren 1856 und 1857 stellten jedoch auch die meisten Vertreter der neueren Theorien in den folgenden Jahrzehnten entweder zu einseitig den materiellen Akzent der actio beziehungsweise des "Anspruchs" heraus, oder sie überspannten - wie Wach und Hellwig in ihrer Lehre vom Rechtsschutzanspruch - das prozessuale Element der actio, ohne die materielle Seite in angemessener Weise in die Überlegungen einzubeziehen.

Abschließend bleibt festzustellen, daß der publizistische Rechtsschutzanspruch ebensowenig wie das andere Extrem, der "Anspruch" in seiner materiellen Übersetzung, geeignet war, die Funktionen der actio in prozessualer Hinsicht und speziell im Hinblick auf den Streitgegenstand zu übernehmen oder zu ersetzen.

Auf die Dauer konnte sich dann die Rechtsschutzanspruchs-Theorie auch nicht behaupten [3]; denn obzwar sie dazu beitrug, daß man die Bedeutung des Rechtsschutzbedürfnisses als einer allgemeinen Prozeßvoraussetzung erkannte [4], vermochte sie doch insgesamt weder die Entwicklung der modernen Prozeßrechtslehre noch - worauf hier besonders hinzuweisen ist - die Bestrebungen um eine

---

1) Muther S. 47.
2) Muther S. 40.
3) de Boor S. 33/34; Hellmann S. 97, S. 134/135; Langheineken S. 43; Rosenberg Lehrbuch 1. Aufl. S. 256 bis 261; Sauer S. 551 bis 554.
4) de Boor S. 33/34; Rosenberg Lehrbuch 1. Aufl. S. 259 unter 3).

Erkenntnis der Eigenart des 'Anspruches" im Sinne der Zivilprozeßordnung zu fördern. Als rein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Gerichtsschutz gegenüber dem Staate "leistete" der Rechtsschutzanspruch nämlich 'nichts für die Frage, was Streitgegenstand ist" [1].

1) Rosenberg Lehrbuch 1. Aufl. S. 259 in Anlehnung an Stein.

SCHLUSS

DIE MODERNEN STREITGEGENSTANDSRICHTUNGEN IN HISTORISCHER SICHT

1) Verbindung materieller und prozessualer Elemente in den verschiedenen modernen Streitgegenstands-Theorien

Bei den sich in den folgenden Jahrzehnten ständig fortsetzenden Bemühungen um eine verbindliche und allgemeingültige Beantwortung dieser Frage, daß heißt also um die Ergründung des Wesens und der Bedeutung des "prozessualen Anspruches" oder "Streitgegenstandes", zeichnete sich - in der Gesamttendenz - wieder eine nähere Anlehnung an das materielle Recht ab. Nachdem nämlich die Prozeßwissenschaft erkannt hatte, daß die rein publizistische Überspitzung des Rechtsschutzanspruchs dem "Anspruch" im Sinne der Zivilprozeßordnung mit seinen vielfältigen Funktionen innerhalb des Prozeßrechts nicht gerecht werden konnte, setzte sich allmählich die Erkenntnis durch, daß dem prozessualen Anspruch, das bedeutet dem Streitgegenstand, zumindest eine "materiell-rechtliche Orientierung" [1] zukam. Wie intensiv sich diese materiellrechtliche Orientierung allerdings in dem Streitgegenstand ausprägen mußte, blieb - im Grunde bis heute - ungeklärt, und es ließ sich insoweit keine Einigkeit erzielen; vielmehr entspannen sich unter anderem an diesem Punkt die weitestgehenden Meinungsverschiedenheiten, die ihrerseits eine Vielzahl unterschiedlicher Streitgegenstands-Auffassungen zur Folge hatten. So nahmen einzelne Prozessualisten eine sehr enge, betont materiell ausgerichtete Verbindung zwischen dem Privatrecht und dem Prozeßrecht an, welche ihren Ausdruck darin fand, daß der Streitgegenstand sinngemäß mit dem behaupteten konkreten materiellen Recht oder auch der konkreten materiellen Rechtsbehauptung gleichgesetzt wurde [2].

Hingegen ging der wohl größere Teil der Prozessualisten - in den verschiedenartigsten Nuancierungen - lediglich von einer materiellrechtlichen Einordnung

---

1) Sauer S. 249.

2) So LENT in ZZP 57, S. 1 ff, bes. S. 14, 17, 18, 32, 41; Lent in ZZP 63, S. 1 ff, bes. S. 14; und in gewissem Sinne - trotz seiner angeblichen Meinungsänderung - auch in ZZP 65, S. 315 ff, vgl. S. 353: "es zeigte sich, daß die Einheit des Geschehens nicht maßgebend ist für die Zahl der Streitgegenstände, sondern die Mehrheit der verletzten Rechte"; außerdem NIKISCH in AcP 154, S. 271 ff, bes. S. 283, 297, 298; und - in abgeschwächter Form - Streitgegenstand, bes. S. 14, 15, 16, 17, 19, 22, 30.

des an sich prozessualen Streitgegenstandes aus in der Form, daß sie das materielle Recht gewissermaßen als "Grundlage des Klagebegehrens" auffaßten oder zu seiner "Kennzeichnung" oder "Individualisierung" für erforderlich hielten, ohne dem materiellen Recht darüberhinaus eine weitere Bedeutung für die Bestimmung des Streitgegenstandes zuzuweisen [1]. Und zwar vertraten diese sozusagen "prozessuale Auffassung" im wesentlichen diejenigen Autoren, die sowohl den Antrag oder das Klagebegehren als auch daneben in irgend einer Form den - die materielle Rechtsgestaltung verkörpernden - Sachverhalt oder Lebensvorgang in den Streitgegenstand einbezogen, wodurch dieser Sachverhalt allerdings nicht automatisch die Bedeutung eines gleichwertigen Streitgegenstands-Bestandteils neben dem prozessualen Antrag zu erlangen brauchte.

Die in diesem Sinne am extremsten prozessualistische Ansicht verfolgt wohl Karl Heinz Schwab, der den Streitgegenstand ausschließlich durch den Klageantrag konkretisieren will, ohne das diesem zugrundeliegende, regelmäßig in dem Sachverhalt in Erscheinung tretende, materielle Recht beziehungsweise Rechtsverhältnis mit zu berücksichtigen [2]. Auch Schwab kann jedoch, da er nicht einen abstrakten Streitgegenstandsbegriff, etwa ähnlich dem Rechtsschutzanspruch, aufstellen will, letzten Endes, und zwar zumindest in den Fällen unbestimmter sowie mehrdeutiger Klageanträge, nicht auf eine Konkretisierung oder eine Auslegung seines Antrages durch die Normen des materiellen Rechts verzichten [3], wenn er auch den Einfluß, den das materielle Recht auf den Streitgegenstand auszuüben vermag, nur in geringem Umfang und nur innerhalb enger Grenzen anerkennt.

Insgesamt läßt sich als Grundzug der neueren Streitgegenstands-Theorien feststellen, daß sie je nachdem in mehr oder weniger starkem Maße dahin zielen, wie Nikisch in AcP 154 S. 283 erklärt hat, "die zivilrechtliche Dogmatik wieder mit dem Prozeßrecht in die unerläßliche Übereinstimmung zu bringen", oder aus der Sicht des Prozeßrechts beurteilt, daß eine Tendenz dahin geht, wieder die notwendige Übereinstimmung des Prozeßrechts mit dem Zivilrecht herzustellen. Insoweit finden sich - bei allen erforderlichen Vorbehalten im Hinblick auf die Verschiedenartigkeit der Prozeßformen und Auffassungen, Anklänge an die

---

1) in diesem Sinn mit stark prozessualem Akzent ROSENBERG in ZZP 57, S. 76 ff, bes. S. 76, 77, 78; demgegenüber betont materiell orientiert: Nikisch Streitgegenstand, bes. S. 30, 33, 14, 16, 17, 19, 22; im übrigen sind hierher die von Habscheid als Vertreter der prozessualen Theorien in § 4 seiner Streitgegenstands-Monographie genannten und dort ausführlich behandelten Prozessualisten zu zählen.

2) Schwab Streitgegenstand bes. S. 199, 183, 190.

3) Schwab Streitgegenstand, S. 185, 188, 190, 191.

actiones des gemeinen Rechts, die ebenfalls materielle und prozessuale Elemente in sich vereinigt hatten und in ihrer zu einem wesentlichen Teil auf dieser Verbindung beruhenden, charakteristischen Wesensart den Streitgegenstands-Problemen des gemeinen Prozesses vollauf gerecht geworden waren. Allerdings darf ein grundsätzlicher Wesensunterschied zwischen den neueren Anschauungen des Streitgegenstandes einerseits und den gemeinrechtlichen actiones andererseits nicht außer Acht gelassen werden: während den Ansatzpunkt und Kern der gemeinrechtlichen actio das konkrete materielle Recht bildete, das für den einzelnen Prozeß die Gestalt der entsprechenden actio annahm und in dieser seiner prozessualen Gestalt in den Prozeß eingeführt wurde, gehen die modernen Streitgegenstands-Theorien von dem prozessualen Begehren aus, wie es dem Klageantrag zu entnehmen ist, und sie füllen dieses Begehren inhaltlich aus, individualisieren oder konkretisieren es durch das ihm zugrundeliegende materielle Rechtsverhältnis. - Macht man sich diesen Wandel der prozessualen Betrachtungsweise seit der Geltung des gemeinen Rechts bewußt, so ist man berechtigt, die Feststellung zu treffen, daß die neueren Streitgegenstands-Ansichten, soweit sie materielle Gesichtspunkte bei der Bestimmung des - heute wesensmäßig prozessualen - Streitgegenstands-Begriffes mit berücksichtigen, diesen "Streitgegenstand" nach der Überwindung der publizistischen Rechtsschutzanspruchs-Phase wieder den früheren actiones annähern, und zwar in dem Sinne, daß sie eine durch die actiones des gemeinen Rechts eingeleitete Entwicklung mit nunmehr betont prozessualem Akzent fortsetzen. Diese Annäherung des modernen Streitgegenstands oder prozessualen Anspruchs an die Eigentümlichkeiten der gemeinrechtlichen actiones kommt in besonders deutlicher Weise zum Ausdruck in der Formulierung, mit der Schwab, obgleich Vertreter einer streng prozessual orientierten Streitgegenstands-Auffassung, auf S. 199 seiner Streitgegenstands-Abhandlung ausgeführt hat: "Im Prozeß ist der prozessuale Anspruch, das Begehren der im Antrag bezeichneten gerichtlichen Entscheidung, die Form, in der das materielle Recht, der materiellrechtliche Anspruch geltend gemacht werden."

2) Eingliedrige oder zweigliedrige Struktur des modernen Streitgegenstands-Begriffes

Noch in anderer Hinsicht baut ein großer Teil der heutigen Streitgegenstands-Ansichten, wenn auch möglicherweise unbewußt und unbeabsichtigt, auf den gemeinrechtlichen actiones auf, und zwar in Bezug auf die Struktur des "Streitgegenstandes", insofern als sie diesen, ähnlich wie die früheren actiones, als zweigliedriges Prozeßinstitut auffassen, wohingegen andererseits auch die Meinung vertreten wurde und noch heute vertreten wird, bei dem Streitgegenstand handele es sich um einen einheitlich eingliedrigen Begriff.

Bevor sich allerdings jener Gegensatz in seiner eigentlichen Bedeutung als Problem der Streitgegenstandslehre herauskristallisierte, führte zunächst die Auslegung der in diesem Zusammenhang zu berücksichtigenden Bestimmung des § 253 ZPO zu unterschiedlichen Auffassungen, die einerseits in der sogenannten "Individualisierungstheorie" und andererseits in der "Substantiierungstheorie" ihren Niederschlag fanden und sich dem Wortlaut des § 253 ZPO entsprechend zwar äußerlich auf die Form der Klageerhebung bezogen, im Grunde jedoch bereits auf die Alternative eines ein- oder zweigliedrigen Streitgegenstands-Begriffes hinzielten. Den Ansatzpunkt für die Entstehung der beiden gegensätzlichen Theorien bildete das Merkmal "Grund des erhobenen Anspruches" in § 253 ZPO, über dessen Auslegung und konkrete Ausgestaltung in der Klageschrift die Ansichten der Prozessualisten auseinandergingen. Während einige Autoren die Meinung vertraten, dem Erfordernis, den Grund des erhobenen Anspruches anzugeben, werde Genüge getan, wenn der Kläger, ohne Einzeltatsachen anzuführen, seine Klage dadurch 'individualisiere', daß er das Rechtsverhältnis bezeichne, welches die Voraussetzung der begehrten Rechtsfolge bilde und als Anspruchsgrund angesehen werde, gingen andere Prozessualisten bei der Auslegung des § 253 Nr. 2 ZPO auf die ihm sinngemäß entsprechende Bestimmung des § 34 des Jüngsten Reichsabschiedes zurück, in der eine strenge "Substantiierung" des Klagevorbringens gefordert worden war [1], und sie hielten gleichsam in Anlehnung an jene gemeinrechtliche Regelung auch im Rahmen des § 253 Nr. 2 ZPO eine "Substantiierung" der Klage durch Anführung sämtlicher rechtsbegründenden und rechtserheblichen Einzeltatsachen für erforderlich [2].

Daß sich in dem Gegensatz zwischen diesen beiden Theorien letztlich die Frage nach der entweder einheitlich eingliedrigen oder aber zweigliedrig zusammengesetzten Gestalt des Streitgegenstandes wiederspiegelte [3], wird erhellt durch die Tatsache, daß man sich im Grunde für die Individualisierungstheorie oder

---

1) vgl. oben S. 41.

2) dazu im einzelnen: Wach Vorträge S. 19/20; Wach in Gruchot 33, S. 2 bis 5; Staub in Gruchot 32, S. 554 bis 563; Weismann S. 63/64; Rosenberg Lehrbuch 3. Aufl. S. 279/280; Robinow S. 11 ff und in einem zusammenfassenden Überblick über die beiden Theorien: Habscheid S. 184 ff.

3) wird unter anderem noch heute deutlich bei Brox, S. 125, der in der Bemerkung "vor allem ist hervorzuheben, daß auch der Gesetzgeber von einem mehrgliedrigen Streitgegenstand ausgegangen ist: gemäß § 253 II Nr. 2 ZPO muß die Klageschrift die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag enthalten", den notwendigen Inhalt der Klageschrift und damit die Form der Klageerhebung nach § 253 ZPO mit der Definition des "Streitgegenstandes" verknüpft; vgl. im übrigen Rosenberg in ZZP 49, S. 42.

die Substantiierungstheorie nur entscheiden konnte, wenn man zuvor das Wesen des Streitgegenstandes bestimmt hatte. Faßte man nämlich als Streitgegenstand die konkrete Rechtsbehauptung des Klägers oder das von ihm behauptete materielle Rechtsverhältnis auf, so mußte man als notwendigen Inhalt der Klageschrift unter dem Gesichtspunkt des § 253 Nr. 2 ZPO die Angabe dieses Rechtes beziehungsweise dieser Rechtsbehauptung fordern; das bedeutet: Man gelangte zu dem Standpunkt der reinen Individualisierungstheorie, wenn man einen eingliedrigen Streitgegenstand in dem damals üblichen materiell-rechtlichen Sinn voraussetzte [1]. Ging man hingegen von einem zweigliedrigen Streitgegenstand aus, derart daß man sowohl das prozessuale Begehren oder den Klageantrag als auch daneben den vorgetragenen Sachverhalt in die Definition des Streitgegenstandes einbezog, so entsprach dieser Streitgegenstands-Auffassung hinsichtlich der Form der Klageerhebung allein die Substantiierungstheorie [2].

Die beiden Theorien verkörperten mithin ursprünglich durchaus gegensätzliche Anschauungen, nicht nur soweit es die äußere Form der Klageerhebung betraf, sondern insbesondere auch in Bezug auf den Charakter des Streitgegenstandes, welcher den notwendigen Inhalt der Klageschrift im Sinne der einen oder anderen Theorie entscheidend beeinflußte. Im Laufe der Zeit milderten sich jedoch jene früheren scharfen Gegensätze weitgehend ab; und zwar stellten einerseits die Vertreter der Individualisierungstheorie fest, daß ihr Verlangen, die Klage durch Bezeichnung des konkreten streitigen Rechtsverhältnisses zu individualisieren, zu hohe Anforderungen an die Rechtskenntnisse des einzelnen Klägers stellte und sich daher nicht realisieren ließ; und andererseits erkannten die Anhänger der Substantiierungstheorie einen Mangel ihrer Auffassung darin, daß der juristisch maßgebende Tatbestand unangemessen zergliedert und ausgeweitet wurde, wenn der Kläger gehalten war, sämtliche rechtlich etwa in Betracht kommenden Tatsachen in der Klageschrift im einzelnen aufzuführen. Infolgedessen ließ die Individualisierungstheorie allmählich anstelle der früher erforderlichen Angabe des streitigen Rechtsverhältnisses die Anführung von Tatsachen zu, sofern diese nur die Individualisierungsmomente des Rechtsverhältnisses enthielten; und die Substantiierungstheorie forderte nicht länger eine Aufzählung aller rechtserheblichen Tatsachen in der Klageschrift, sondern hielt es nunmehr für ausreichend, wenn der Kläger sich darauf beschränkte, lediglich die wesentlichen Tatsachen anzugeben [3]. Nachdem sich die beiden Theorien in diesem Maße einander angenähert hatten, stellten die Prozessualisten fest, daß sich der Streit über die Frage der Individualisierung oder Substantiierung einer Klage

---

1) Rümelin S. 97; Robinow S. 13, S. 21.

2) allgemein: Habscheid S. 185 ff.

3) Rosenberg Lehrbuch 3. Aufl. S. 280; Rosenberg in ZZP 49 S. 43 bis 45; Rümelin S. 129/130; Weismann S. 63.

im Grunde nur noch darum drehte, "ob in gewissem Umfang an Stelle von Tatsachen zusammenfassende, begriffsmäßig etikettierte Bezeichnungen gewählt werden durften" oder nicht [1].

Damit war jedoch der eigentliche Gegensatz in dem Theorienstreit beseitigt; und die Prozeßlehre wandte sich nunmehr mit zunehmender Intensität dem Grundproblem zu, welches bereits in der Unsicherheit über die Auslegung des § 253 Nr. 2 ZPO zum Ausdruck gekommen war und weiterhin ungeklärt blieb, nämlich der Bedeutung und Bestimmung des Streitgegenstandes und speziell der Frage, ob und inwieweit der Sachverhalt als Bestandteil des Streitgegenstandes zu gelten habe, ob dieser mithin mehr- beziehungsweise zweigliedrig oder in irgend einer Form, sei es nach materiellrechtlichen, sei es nach prozessualen Grundsätzen, eingliedrig zu definieren sei. Der überwiegende Teil der Prozessualisten schloß sich im Laufe der Entwicklung einer zweigliedrigen Streitgegenstands-Meinung an, derart daß sie den Streitgegenstand aus "Antrag und Tatsachen", "Antrag und Tatbestand", "Antrag und Sachverhalt" oder auch "Antrag und Streitfall" zusammensetzten [2], ohne dabei allerdings die Bedeutung dieser beiden Bestandteile gleichmäßig und einheitlich zu bewerten. Während teilweise Antrag und Sachverhalt als gleichwertige und gleich wesentliche Streitgegenstands-Glieder angesehen wurden, legte eine Reihe von Prozessualisten einen stärkeren Akzent auf den Klageantrag, durch den der Kläger zu erkennen gab, worauf er sein prozessuales Begehren richtete, und wies dem vorgetragenen Sachverhalt demgegenüber eine nur zweitrangige Bedeutung zu. Einzelne, besonders neuere Schriftsteller änderten in dieser Beziehung im Laufe der Zeit selbst ihre eigene Meinung, so unter anderen Rosenberg, der im Jahre 1925 [3] den Streitgegenstand mit Hilfe von Klageantrag und Sachverhalt definierte, im Jahre 1931 [4] den konkreten Tatbestand beziehungsweise die Geschichtserzählung dem Antrag voranstellte, dann 1932 und 1933 [5] wiederum Antrag und Sachverhalt als maßgebend ansah, zwischen 1949 und 1951 jedoch [6] allein den Antrag zur Bestimmung des Streitgegenstandes für erforderlich hielt und diesen nur, soweit er im

---

1) Fischer in ZZP 57, S. 368; Beispiele für die an die Substantiierungstheorie angenäherte Individualisierungstheorie in moderner Form: Nikisch in AcP 154 S. 289 bis 296; Lent in ZZP 65, S. 315 ff, bes. S. 317 bis 325.

2) Wach in Gruchot 33, S. 2; Crome S. 573; Weismann S. 359/360; Fischer in ZZP 57 S. 374/375, 381, 384 bis 386; Blomeyer S. 59 bis 61; Habscheid S. 195 bis 199, 221/222; Brox S. 125 ff.

3) ZZP 49, S. 44/45.

4) Lehrbuch 3. Aufl. S. 272.

5) Festgabe S. 266/267; ZZP 57, S. 79.

6) Lehrbuch 4. Aufl. S. 368; 5. Aufl. S. 385.

Einzelfall einer Begründung bedurfte, durch Anführung von Tatsachen konkretisieren wollte, und der schließlich seit 1954 [1] einerseits den Streitgegenstand als Rechtsbehauptung oder Rechtsfolgebehauptung durch den Antrag und die Anführung von Tatsachen, also durch Antrag und Sachverhalt, inhaltlich bestimmt, andererseits aber ausdrücklich hervorhebt, der Sachverhalt gehöre nicht in den Begriff des Streitgegenstandes. - Ähnlich wie Rosenberg schwankte auch Lent in seiner Streitgegenstands-Auffassung und deren Begründung [2], doch er tendierte - ebenso wie Nikisch [3] - trotz verschiedener Meinungsänderungen in Einzelpunkten im Grunde immer zu einem zweigliedrigen Streitgegenstand.

Einen konsequent eingegliedrigen Streitgegenstands-Begriff hat, nach mehreren Ansatzpunkten in einzelnen mit dem Streitgegenstand zusammenhängenden Problemkreisen [4], erstmals Karl Heinz Schwab entwickelt, der seine Streitgegenstands-Definition ausschließlich auf das prozessuale Begehren, den Klageantrag, abstellt und dementsprechend den Sachverhalt oder Lebensvorgang aus dieser Definition ausklammert, ihm also im Rahmen der Streitgegenstandslehre keine selbständige Bedeutung mehr einräumt [5]. Infolgedessen stehen sich heute einerseits dieser rein prozessuale eingliedrige Streitgegenstandsbegriff Schwabs und andererseits eine Vielzahl zweigliedriger Streitgegenstands-Auffassungen in vielfältigen Variationen gegenüber.

Nimmt man nun als Abschluß dieses historischen Überblicks zu der Frage Stellung, ob aus der Sicht der geschichtlichen Entwicklung entweder ein eingliedriger oder ein zweigliedriger Streitgegenstand vorzuziehen ist, so wird man zunächst festzustellen haben, daß sich die eingliedrigen actiones des klassischen römischen Rechts nicht zu einem Vergleich mit dem heutigen Streitgegenstand heranziehen lassen, da sich das gesamte römische Prozeßrecht, innerhalb dessen die actiones eine Zentralstellung einnahmen, von der Anlage des modernen Prozesses und der modernen Prozeßanschauung grundlegend unterscheidet. Hingegen weisen das gemeine und das moderne Prozeßrecht im Bereich der "Streitgegenstands"lehre so vielfältige Ähnlichkeiten und selbst Übereinstimmungen in Einzelheiten auf, daß es aus diesem Grunde gerechtfertigt erscheint, den modernen Streitgegenstand an dem Vorbild der gemeinrechtlichen actiones zu messen. Diese actiones wurden infolge ihrer zweigliedrigen Zusammensetzung aus Grund und Gegenstand der Klage den im gemeinen Recht auftauchenden und noch heute weitgehend gleichartigen Streitgegenstands-Problemen in vollem

---

1) Lehrbuch 6. Aufl. S. 392, 395; 8. Aufl. S. 417 und S. 421.
2) ZZP 57, S. 8 ff, bes. S. 12; ZZP 63, S. 4 bis 7; S. 17 ff, S. 24 ff.
3) Streitgegenstand S. 14 ff; AcP 154 S. 271 ff; AcP 156, S. 71 ff.
4) dazu im einzelnen: Habscheid S. 193/194.
5) oben S. 89; Streitgegenstand S. 183 ff, 199.

Umfang gerecht und lösten sie in prozessual angemessener und befriedigender Weise. Infolgedessen sind auch die "Bewahrungspunkte" des modernen Streitgegenstandes, also die Institute der Klageänderung und Klagen- beziehungsweise Anspruchshäufung, der Rechtshängigkeit und Rechtskraft, in der Gestalt und Prägung, die sie durch die zweigliedrigen gemeinrechtlichen actiones erhalten haben, in ihre heutige Form hineingewachsen. Und jener - im historischen Ablauf neueren - Entwicklung des Klageänderungs- und Kumulationsrechts, sowie des Rechtshängigkeits- und Rechtskraftprinzips, von denen die Bestimmung des Streitgegenstandes hinsichtlich seiner prozessualen Funktionen und Auswirkungen auszugehen hat, entspricht mehr ein strukturell mit den gemeinrechtlichen actiones vergleichbarer, das bedeutet zweigliedriger Streitgegenstand als der eingliedrige Streitgegenstand in dem von Schwab begründeten Sinn.

Mit dieser unter historischen Aspekten werdenden Feststellung soll zwar nicht zu den unterschiedlichen, vielfach differenzierenden modernen Streitgegenstands-Richtungen Stellung genommen werden - eine eingehende Auseinandersetzung mit den verschiedenen Streitgegenstands-Ansichten würde sich weder in das Thema noch in den Rahmen der vorliegenden Untersuchungen einfügen - es soll jedoch darauf hingewiesen werden, daß die Entstehungsgeschichte der Streitgegenstands-Bewährungspunkte es zweckmäßig und sinnentsprechend erscheinen läßt, in den Streitgegenstand neben dem prozessualen Antrag auch den seiner Individualisierung dienenden Sachverhalt in gewissem Umfang mit einzubeziehen. Nach welchen Gesichtspunkten der vorgetragene Sachverhalt in seiner Bedeutung als Streitgegenstands-Bestandteil abgegrenzt werden sollte, ist ebenfalls einem Vergleich mit den gemeinrechtlichen actiones zu entnehmen in dem Sinne, daß diese nahelegen, den Sachverhalt im Hinblick auf die Tatbestände des materiellen Rechts zu umgrenzen und damit an die materiellen Rechtsfolgen anzuknüpfen, auf welche, soweit es zu übersehen ist, das Begehren des Klägers hinzielen könnte [1].

Auf diese Weise müßte sich einerseits die Gefahr vermeiden lassen, daß sich der Streitgegenstand in dem einzelnen Prozeß zu einem unbestimmt allgemeinen, nicht mehr konkret faßbaren und insbesondere nicht mehr prozessual verwertbaren Begriff ausweitet; andererseits dürfte ein derartiger Abgrenzungsmaßstab aber jederzeit sämtliche in Betracht kommenden rechtlichen Qualifizierungen des streitigen Einzelvorganges ermöglichen und insofern die Funktionen des Streitgegenstandes in hinreichendem Maße erfüllen.

---

1) dazu im einzelnen: Fischer in ZZP 57, S. 340 bis 343. 385/386, 393/394; Lent in ZZP 63, S. 3 ff, bes. S. 14 bis 20; Habscheid S. 206 ff.

3) Zusammenfassung

Der Rückblick auf die historische Entwicklung der actiones eröffnet somit die Möglichkeit, bei der Gestaltung des Streitgegenstandes auf den aus früheren Prozeßrechten gewonnenen Erkenntnissen aufzubauen, sie in den heutigen Zivilprozeß zu übertragen und mit ihrer Hilfe den Streitgegenstand im Wege einer kontinuierlichen Weiterbildung des Aktionenrechts auf die Probleme des modernen Zivilprozesses abzustimmen.

L E B E N S L A U F

Am 17. Juni 1936 wurde ich als Tochter des damaligen Landgerichtsrates, heutigen Landgerichtsdirektors Dr. Heinz Löwisch und seiner Frau Ilse, geb. Reinhardt, in Meiningen/Thüringen geboren.

Ich bin deutsche Staatsangehörige.

Nach dem Besuch der Volksschule in Meiningen und des Herrnhuter Mädchengymnasiums in Korntal bei Stuttgart trat ich im Herbst 1948 in die Quinta des Mädchengymnasiums Sternstraße in Wuppertal - Barmen ein. Dort legte ich am 28./29. Februar 1956 die Reifeprüfung ab.

Ich wandte mich dem Studium der Rechtswissenschaft zu und studierte im Sommersemester 1956 in Köln, im Wintersemester 1956/1957 in Tübingen, im Sommersemester 1957 sowie im Wintersemester 1957/1958 an der Freien Universität in Berlin und vom Sommersemester 1958 an in Münster/Westfalen. Am 11. Juni 1960 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung.

In der Zeit vom 16. September 1960 bis zum 25. November 1964 legte ich den Vorbereitungsdienst für den höheren Justizdienst im Lande Nordrhein-Westfalen ab, den ich am 4. Mai 1965 mit der zweiten juristischen Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen abschloß.

Zur Zeit bin ich als Gerichtsassessorin am Amtsgericht in Wuppertal tätig.